image
not
available

Digitized by Google

Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

Unter Mitwirkung

des Herrn Oberhofgerichtsraths **Roßhirt**, der Herren Hofgerichtsräthe **Brauer, Eimer, Haager, Ottendorf, Dr. Buchelt** und anderer Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

L. Stempf,
Oberhofgerichtsrath in Mannheim.

Siebenundzwanzigster Band.

Mannheim.
Verlag von J. Bensheimer.
1861.

Digitized by Google

Digitized by Google

Register
zum XXVII. Band (1861) der Annalen.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Abgekürztes Verfahren, kann eine Streitsache, welche im ersten Rechtszug im ordentlichen Verfahren verhandelt wurde, im zweiten Rechtszug im abgekürzten Verfahren zu verhandeln sein? 160.

Abtreibung der Leibesfrucht, Gebrauch relativ untauglicher Mittel, freiwilliges Aufgeben des Gebrauchs eines an sich tauglichen Mittels. 4.

Adel, s. Reichsadel.

Alimentation, die Zusage der — von Seiten eines Dritten, wodurch derselbe die außerehelich geschwängerte Mutter veranlaßt, gegen ein Mitglied seiner Familie als Schwängerer nicht aufzutreten, ist verpflichtend, — sie kann nicht als Schenkung gelten. 47.

Anerbieten, s. Verkaufsanerbieten.

Anerkennung eines natürlichen Kindes vor einem württembergischen Standesbeamten. 122.

Anwalt, über Widerruf der Anführungen des —s durch die Partei. 59.

— zur strafgerichtlichen Verfolgung desselben wegen Dienstvergehen ist die Genehmigung der Dienstbehörde nicht erforderlich. 142.

Anzeige, Zurücknahme der — wegen Familiendiebstahls zu Gunsten Dritter. 10.

Appellation, Fristen zur Ausführung der — gegen ein Urtheil über Ablösung der Faselviehlast. 63.

— gegen die gantrichterliche Genehmigung eines von dem Gläubigerausschuß abgeschlossenen Vertrags findet nicht —, sondern Beschwerdeführung statt. 65.

— wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens. 143.

Appellationssumme, über Berechnung derselben im Falle eines Zuwachses zu dem Streitgegenstand. 176.

—, Berechnung derselben bei der Pfandklage. 183.

Auftrag, über die Fragen, ob der von dem Gewalthaber mit Ueberschreitung der Vollmacht abgeschlossene Vertrag von dem Gewaltgeber auch dann noch mit Rechtswirkung gegenüber dem andern Vertragstheile genehmigt werden kann, wenn dieser letztere schon vorher seinen Willen, vom Vertrage zurückzutreten, kundgegeben hat, — und ob der Gegentheil befugt sei, die Ungiltigkeit wegen Abgangs der Vollmacht dem Gewaltgeber gegenüber geltend zu machen? 12.

Ausländer, über Erbrechte nordamerikanischer Staatsbürger in Baden. 122.

Ausländische Gesetze, Anwendung derselben bei Klage auf Ausfolgung eines im Ausland anerfallenen Erbes. 200.

Benedikt, zur Anwendung des §. 4 des —s. 37.

Bedingung, Beweislast bei der Behauptung, daß dem Vertrag, aus welchem geklagt wird, eine — beigefügt worden sei. 42.

Befreiung eines Gefangenen. 159.

Beiladung. 194.

Beisatzbefehl, s. Einweisung in Besitz und Gewähr des Nachlasses.

Verein, Beweiskraft eines nach dem Jahre 1810 errichteten —s. 205.

Berufung, s. Appellation.

Beschwerdeführung in Strafsachen,

das Rechtsmittel der — steht dem Staatsanwalt nach §. 26 des Einf.G. auch gegen den Ausspruch zu, daß eine Untersuchung wegen Zurücknahme der Anzeige zu beruhen habe. 10.

steht dem Betheiligten, welcher nicht als Ankläger aufgetreten ist, gegen die Verweigerung der Einleitung einer Untersuchung das Rechtsmittel der — zu? 85.

steht dem Staatsanwalt das Rechtsmittel der — gegen eine Verfügung zu, wodurch das Hofgericht einem Verbrechen eine schwerere Eigenschaft abspricht und deßhalb die Sache an das Amtsgericht zurückweist? 87.

— gegen die gantrichterliche Genehmigung eines von dem Gläubigerausschuß abgeschlossenen Vertrags. 65.

Besitzhandlungen. Das Holzfällen, Liegenlassen des aufgeklafterten Holzes in einem Walde und das schließliche Wegführen des Holzes sind —, welche zur Begründung einer Besitzstörungsklage geeignet sind. 17.

Betriebsreglement, zur Auslegung des § 14 Abs. 5 des —s für den Güterverkehr im mitteldeutschen Eisenbahnverband. 75.

Digitized by Google

Betrugsverſuch mit falſchen Urkunden. 208.
Bengungsgrade, es können nur drei — erkannt werden. 133.
Beurtheilung, bei der rechtlichen — von Rechtsgeſchäften entſcheidet nicht die Form, in welche ſie gebracht ſind, noch der ihnen verliehene Namen, ſondern ihr Weſen, ihre aus dem Inhalt ſich ergebende Natur. 70.
Beweislaſt, ſ. Bedingung.
Beweispflicht, iſt der Commiſſionär in Folge der Beanſtandung billiger Anſätze für übliche Auslagen beweispflichtig? 114.
Blankette, die Ausſtellung von Wechſel-—n iſt zuläſſig. 184.
Bürgerliche Perſonen, ſ. juriſtiſche Perſonen.
Bürgſchaft, über: die Befugniß des Bürgen, zu begehren, daß der Gläubiger die Forderung zuerſt gegen den Hauptſchuldner feſtſtelle, — Einrede der Vorausklage, — Wettſchlagung von Gegenforderungen des Hauptſchuldners Seitens des Bürgen — und Ausdehnung der — auf die Zinſen der Hauptſchuld auch ohne beſondere Zuſage. 118. ſ. auch Rechtshängigkeit.

Caſſationsfälle. 36.
Civilprozeßgeſetzgebung, über das Bedürfniß größerer Gleichförmigkeit und Einfachheit in wichtigen Betrags- und Zeitbeſtimmungen. 105.
Commiſſionär, ſ. Beweispflicht.
— die Geſchäfte des —s mit Dritten begründen in der Regel keine Rechte und Verbindlichkeiten zwiſchen dieſen und dem Committenten. 137.
Competenz, ſ. Zuſtändigkeit.

Dienſtbarkeit, zur Erwerbung einer — iſt der Eintrag ins Grundbuch nicht erforderlich. 112. 144.
Dienſtvergehen, über ſtrafgerichtliche Verfolgung der — von Anwälten. 142.
Drohung, über den Thatbeſtand der ſtrafbaren —. 173.

Eheſteuer, ſ. Heirathsgut.
Eheverträge, Rechtsfall über die Auslegung eines unter der Herrſchaft des vorderöſterreichiſchen Rechts abgeſchloſſenen Ehevertrags. 61.
Eid, ſ. Notheid.
Eidesabnahme außerhalb des Gerichtsſitzes. 91.
Eidesleiſtung, was verſteht §. 562 der Pr.O. unter perſönlichem Erbieten zur —. 193.
Eideszuſchiebung über die Beurtheilung eines thatſächlichen Verhältniſſes findet nicht ſtatt. 206.
Eigenthum, über die Grenzen der im Eigenthum an einem Grundſtück liegenden Befugniſſe gegenüber dem Eigenthümer eines benachbarten Grundſtücks, welcher durch ihre Ausübung beläſtigt wird. 145.
Einſtandscapitalien, ſ. Militäreinſtandscapitalien.
Einweiſung (in Beſitz und Gewähr des Nachlaſſes): die — des Erbnehmers (L.R.S. 1008) iſt Rechtspolizeiſache, — die geſetzlichen Erben können Einſprache dagegen erheben, — durch dieſe Einſprache geht aber das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht in das der ſtreitigen über, ſondern der gerichtliche Rechtsaustrag (namentlich auch über die Aechtheit und den Inhalt des Teſtaments) bleibt den Betheiligten vorbehalten. 30.
Eiſenbahnverband, der deutſche — haftet bei Rechtsverhältniſſen, welche durch Vermittlung einer Station deſſelben eingegangen worden ſind, für Beſchädigungen ohne Rückſicht darauf, auf welcher der einzelnen Bahnen der Schaden eintrat. 75.
Eiſenbahnverwaltung, Haftung der — für auf dem Transport beſchädigte Güter; — die Paſſivlegitimation der — iſt nach den für Frachtführer geltenden Geſetzen zu beurtheilen. 75. ſ. auch Legitimation.
Erbrechte nordamerikaniſcher Staatsbürger in Baden. 122.
Erſitzung, über Einfluß der — auf die Fortdauer der Grunddienſtbarkeiten, womit das erſeſſene Grundſtück belaſtet war. 151. ſ. auch Verjährung.
Expropriationsgeſetz; Entſchädigungsanſprüche nach demſelben. 18. 134.

Fälſchung, die Benützung einer ächten Privaturkunde mit unwahrem Inhalt zu eigennützigen Zwecken begründet das Verbrechen der Fälſchung nicht. 101. ſ. auch Betrugsverſuch.
Fahrnißkäufe, zur Auslegung des L.R.S. 1657. 12.
Familiendiebſtahl, die Zurücknahme der Anzeige wegen —s findet auch zu Gunſten dritter Theilnehmer ſtatt. 10.
Familienfideicommiſſe, die landrechtlichen Beſtimmungen über Stammgüter ſind auf — nicht unbedingt anwendbar. 177.
Faſelviehlaſt, über die Formalien der Rechtsmittel gegen Urtheile über Ablöſung einer —. 63.
Form, Bedeutung der — eines Rechtsgeſchäfts für die rechtliche Beurtheilung deſſelben. 70.
Form des Verfahrens, kann die — bei bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten im zweiten Rechtszug eine andere werden? 160.
Freiwillige Gerichtsbarkeit, ſ. Gantverfahren.

Gantrecht, Rechtsgeſchäfte, welche in die Zeit zwiſchen dem Gantausbruch und der Ganteröffnung fallen, ſind jedenfalls alsdann ungiltig, wenn der Vertragsgegner des Gemeinſchuldners von deſſen Vermögenslage Kenntniß hatte; — dieſe Kenntniß kann aus der Beſchaffenheit des Rechtsgeſchäfts und aus den gegenſeitigen perſönlichen Beziehungen der Vertragsperſonen gefolgert werden. 107.
Gantverfahren, die gantrichterliche Genehmigung eines von dem Gläubigerausſchuß abgeſchloſſenen Vertrags iſt ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, es findet daher gegen dieſelbe keine Appellation, ſondern Beſchwerdeführung ſtatt. 65.
Gantverfahren, eine ausländiſche Gantmaſſe kann zur Beitreibung eines Maſſeausſtandes im Inland zugelaſſen werden, ohne daß bezüglich des ausländiſchen Ganterkenntniſſes die Vorausſetzungen der Vollſtreckbarkeit ausländiſcher Urtheile (L.R.S. 2123. 2128. §§. 918—920 d. Pr.O.) vorhanden ſind. — über Wettſchlagung im —. 137.

Digitized by Google

Gantverfahren, Oberappellation gegen richterliche Verfügungen über Erinnerungen gegen den Vertheilungsbescheid. 204.
Geldstrafen, s. Straferwandlung.
Gerichtsbarkeit, der Richter kann auch nach erkannter Ladung diese von Amtswegen wegen Mangels der Gerichtsbarkeit zurücknehmen. 199.
— die — des Gantgerichts dauert für die gerichtliche Verfolgung eines in der Gant unbefriedigt gebliebenen Schuldrestes nicht fort. 199.
Gerichtsstand für Klagen auf Pfandstrich. 201.
Geschäftsführung, Rechtsfall zur Erläuterung der —. 37.
Gewaltthätigkeit, Cassationsfall zur Erläuterung des Thatbestands des Verbrechens der —. 36.
— oberhofgerichtliche Entscheidung über diesen Gegenstand. 173.
Grunddienstbarkeit, über Erlöschen einer — durch Verjährung. 151.
Grundgerechtigkeit, s. Waidrecht.

Handelsgeschäfte; der L.R.S. 1657 ist auch bei Handelsgeschäften anwendbar. 12. Der L.R.S. 1587 findet auf Handelsgeschäfte gleichfalls Anwendung. 72. s. auch Verbindung zu einem Handelsgeschäft.
Heirathsgut, welche rechtliche Eigenschaft hat die Bestellung eines —s gegenüber den Gläubigern des Bestellers, welche dieselbe auf Grund des L.R.S. 1167 anfechten. 164.
Hinterlegung, die — von baarem Gelde zur dritten Hand kann mit Zustimmung der Betheiligten giltig auch in anderer Weise, als durch Hinterlegung bei der Amortisationskasse geschehen, und befreit den Schuldner vollständig. 33.

Juristentag, Einladung zur Theilnahme an demselben. 25.
Juristische Personen, die vom Staate genehmigten Stiftungen sind —. 177.

Kaufbesorgung, wird durch die Anwendung des L.R.S. 1587 auf Handelsgeschäfte, die Anwendung der A.S.S. 92 ae. ae. und af. ausgeschlossen? — Ist die Frist des A.S. 92 af. auch dann von Ankunft der Waare an zu rechnen, wenn das Einkaufsverzeichniß erst später einkommt? 72.
Kaufvertrag über Fahrnisse; der L.R.S. 1657 findet auch bei Handelsgeschäften Anwendung. 12.
— ebenso ist L.R.S. 1587 auch auf Handelsgeschäfte anwendbar. 72.
— eine Verbindlichkeit des Verkäufers, die Löschung der auf den verkauften Liegenschaften eingetragenen Unterpfandsrechte zu veranlassen, besteht nicht. 24.
— kann der Käufer von Liegenschaften, welche mehreren Miteigenthümern gehören, wenn Einzelne ihre Einwilligung verweigern, von den Einwilligenden den Vollzug des Kaufvertrags bezüglich ihrer ideellen Antheile am Miteigenthum verlangen? 68.
Klagenhäufung, zur Auslegung des L.R.S. 1346. 102.

Ladungsversagung, oberrichterliches Erkenntniß über — wegen Unzuständigkeit der bürgerlichen Gerichte. 33.
Längere Mißhandlung, s. Mißhandlung.
Legitimation, der Spediteur, welcher Güter in eigenem Namen versendet, ist zur Klage auf Ersatz für Beschädigung derselben legitimirt. — Die Passivlegitimation der Eisenbahnverwaltung bei einem Streit über Haftungsverbindlichkeit derselben für auf dem Transport beschädigte Güter ist nach den für Frachtführer geltenden Gesetze zu beurtheilen, — wenn Rechtsverhältnisse zum gerichtlichen Austrag kommen, welche durch Vermittlung einer Station von dem deutschen Eisenbahnverband eingegangen worden sind, so vertritt die der betreffenden Station vorgesetzte Centralverwaltung sowohl diese Station als auch den Verband. 75.
Legitimation eines natürlichen Kindes durch nachgefolgte Ehe. 122.

Militär-Einstandskapitalien, Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung civilrechtlicher Streitigkeiten über die bei der Amortisationskasse hinterlegten —; die Genehmigung des Kriegsministeriums zu Verträgen über — kann auch stillschweigend erfolgen. 33.
Minderungsklage, die — des L.R.S. 920 muß gegen alle bei der angefochtenen Schenkung Betheiligten erhoben werden. 130.
— die — (Wiederzueignungsklage) gegen dritte Besitzer einer von dem Erblasser verschenkten Sache erwächst durch den Tod desselben. 191.
Mißhandlung, längere —, Rechtsfall zur Erläuterung des Thatbestands dieses Verbrechens. 41.
Miteigenthum, kann der Käufer von Liegenschaften, welche mehreren Miteigenthümern gehören, wenn einzelne ihre Einwilligung verweigern, von den Einwilligenden den Vollzug des Kaufvertrags bezüglich ihrer ideellen Antheile am Miteigenthume verlangen? 68.
Moralische Personen, s. juristische Personen.
Mutter, s. Vormundschaft.

Nachdruck. 83.
Natürliche Kinder, s. Anerkennung und Legitimation.
Negatorienklage, über Stellung des Gesuchs in einer —. 112. 144.
Nichtigkeit, s. Zwangsversteigerung.
Notheid, kann der Oberrichter denselben erlassen, obschon bei dem Rechtsmittel, welches die Sache an ihn brachte, eine Beschwerde gegen dessen Auflage nicht gerichtet wurde? 1.
Nutznießung, Sicherheitsleistung füe —. 55.

Oberappellation, über Statthaftigkeit der — gegen Urtheile über Ablösung einer Faselviehlast und die Frist zur Ausführung derselben. 63.
— gegen richterliche Verfügungen über Erinnerungen gegen den Vertheilungsbescheid. 204.
Ordentliches Verfahren, s. abgekürztes Verfahren.
Ordinationssumme, s. Appellationssumme.

Digitized by Google

Pachtzins, ſ. Vorzugsrecht.
Paſſivlegitimation der Eiſenbahnverwaltung, ſ. Legitimation.
Peinigung, Rechtsfall zur Erläuterung des Thatbeſtandes des Verbrechens der —. 41.
Pfandklage, Berechnung der Appellationsſumme bei der — und rechtliche Natur derſelben. 183.
Polizeiliche Aufſicht, über den Eintritt ihrer Wirkungen. 38.
Privaturkunde, ſ. Fälſchung.
— ſie darf mit einem anderen Tage, als dem, an welchem ſie errichtet wurde, bezeichnet werden. 184.
Protokollführer, ſ. Zwangsverſteigerung.
Prozeßordnung, zu §. 955 der bürgerlichen —. 120. 170.
— zur Auslegung des §. 221 der bürgerlichen —. 158.
— zu §. 976 der bürgerlichen —. 170.

Rechtshängigkeit, die Einrede der — kann von dem Bürgen daraus, daß der Gläubiger gegen den Hauptſchuldner einen Schiedsſpruch erwirkt hatte, wenn dieſer für nichtig erklärt iſt, nicht abgeleitet werden. 118.
Rechtsmittel, über die Zuläſſigkeit der — entſcheidet der Stand der Geſetzgebung zur Zeit der Verkündung des anzufechtenden Urtheils. 30.
Rechtspolizeiſache, die Einweiſung des Erbnehmers in Beſitz und Gewähr der Erbſchaft (L.R.S. 1008) iſt —. 30. ſ. auch Einweiſung.
Rekursbeſchwerde, bei welchem Gericht dieſelbe einzureichen. 184.
Rekursfriſt, Berechnung der — im Strafverfahren. 183.
Reichsadel, autonomiſche Anordnungen ehemaliger Mitglieder des unmittelbaren —s, welche nach den Grundſätzen des früheren Rechtes giltig waren, ſind auch unter der Herrſchaft des Landrechts aufrecht zu erhalten. 177.

Schenkung, ſ. Alimentation und Heirathsgut.
Schiedsrichterliches Verfahren, muß der Schiedsſpruch innerhalb der zur Ertheilung deſſelben beſtimmten Friſt nur gefällt oder auch verkündet ſein? 49.
— über die Erforderniſſe zur Erneuerung eines Schiedsvertrags. 54.
Schuldbedarfgegenſtände, ein Streit vor den bürgerlichen Gerichten über Anſchaffung von —. 45. 119.
Sicherheitsleiſtung für Nutznießung. 55.
Spediteur, ſ. Legitimation.
Sportelgeſetz, zur Auslegung deſſelben. 119.
Stammgüter, die landrechtlichen Beſtimmungen über — finden auf Familienfideicommiſſe nicht unbedingte Anwendung. 177.
Stiftung, über juriſtiſche Perſönlichkeit der vom Staate genehmigten Stiftungen, die Vertretung derſelben und teſtamentariſche Errichtung einer Stiftung. 177.
Strafverwandlung, Geldſtrafen, welche dem Verletzten zufallen, werden wegen Unbeibringlichkeit nur auf Antrag des Verletzten verwandelt; — der Antrag darauf kann, wie unterlaſſen, ſo auch zurückgenommen werden. 103. ſ. auch Unbeibringlichkeit.
Streitbelladung. 194.
Streitgenoſſenſchaft, ſ. Minderungsklage.

Teſtamentariſche Errichtung einer Stiftung. 177.

Unbeibringlichkeit, die — als Vorausſetzung der Verwandlung von Geldſtrafen, kann nur durch die Erfolgloſigkeit eines zum Zwecke der Betreibung der Strafe vorgenommenen Vollſtreckungsverfahrens dargethan werden. 103.
Ungiltigkeit, über — der Rechtsgeſchäfte, welche der Gemeinſchuldner in der Zeit zwiſchen dem Gantausbruch und der Ganteröffnung abgeſchloſſen hat. 107.
Unterdrückung von Urkunden durch Abläugnung des Beſitzes. 16.
Unterſchlagung; der Verkäufer, welcher dem Käufer den Beſitz der verkauften Fahrniſſe vorenthält, begeht dadurch keine —, überhaupt keine ſtrafbare Handlung. 128.
Unzuchtsvergehen, über Vollendung der —. 196.
Urkundenbeweis, Verletzung der Vorſchriften des Verfahrens in Bezug auf —. 143.

Vaterſchaftsklage; das Geſtändniß des Beiſchlafs um die Zeit der geſetzlich unterſtellbaren Empfängniß iſt in dem der Vaterſchaft enthalten. Daſſelbe genügt zur Begründung der —, wenn es nach Veranlaſſung und Inhalt ein freiwilliges und ernſtliches, auch durch Thatſachen unterſtützt iſt; — zum Beweiſe deſſelben genügt eine Privaturkunde. — Ein Geſtändniß bedarf der Annahme nicht. Bei außergerichtlichen Geſtändniſſen iſt die Anweſenheit des Gegners nicht nöthig. — Die gerichtliche Feſtſtellung der Vaterſchaft begründet für das Kind nur einen Anſpruch auf Ernährung. 57.
Verbindung zu einem Handelsgeſchäft, aus der gemeinſamen Ausführung eines Handelsgeſchäfts folgt noch nicht das Beſtehen einer —. 206.
Verjährung, obgleich des Schenknehmers Eigenthum durch die Reſolutivbedingung beſchränkt iſt, daß die Schenkung den Pflichttheil nicht verletze, ſo kann derſelbe doch einem Dritten einen Titel gewähren, wodurch dieſer vermittelſt der 10jährigen — das unbeſchränkte Eigenthum erwirbt; gegen den Widerruf einer Schenkung um nachgeborener Kinder willen ſchützt aber ausnahmsweiſe auch den dritten Inhaber der geſchenkten Sache nur die 30jährige —; Streitverkündung unterbricht die — nicht. 191. ſ. auch Erſitzung.
Verkaufsanerbieten, muß die Annahme eines —s innerhalb der dafür bedungenen Friſt nicht blos ausgeſprochen, ſondern dem Anbietenden auch eröffnet werden? 155.
Vermögensabſonderung, wie iſt die Friſt des L.R.S. 1444 zu berechnen — und was hat die Ehefrau zu thun, um die Giltigkeit des Verfahrens in Bezug auf den Vollzug zu wahren? 99.
welche Gläubiger ſind zur Anfechtung des Verfahrens legitimirt? 100.
Vermuthung, die — dafür, daß ein auf einem Grundſtücke ſtehendes Gebäude dem Eigenthümer des Grundſtücks gehöre,

Digitized by Google

beziehungsweise auf deſſen neuen Erwerber übergegangen ſei, iſt eine geſetzliche. 194.

Verpfründungsvertrag, die von den Parteien zu beantragende Vorlage des —s zur rechtspolizeilichen Beſtätigung wird durch die von Amtswegen zu einem ſonſtigen Zweck erfolgte Vorlage nicht erſetzt, — die Nachholung dieſer Vorlage iſt nicht mehr zuläſſig, ſobald die eine Partei die Abſicht kundgegeben hat, an dem Vertrage nicht mehr feſthalten zu wollen. 70.

Verſuch der Abtreibung der Leibesfrucht. 4. ſ. Betrugsverſuch.

Vertrags-Urſache, beruht der Vertrag, welcher zu dem Zweck abgeſchloſſen wurde, daß geringe Weine gallisirt und in Handel gebracht werden, auf einer unerlaubten —? 131.

Vormundſchaft; über das Erforderniß der obervormundſchaftlichen Ermächtigung bei Klagerhebungen durch den Vormund. 21.

— der Verluſt der — nach L.R.S. 395 macht die Mutter nicht unfähig, dieſelbe wieder übertragen zu erhalten. 129.

Vorſichtserbe, über das rechtliche Verhältniß deſſen, welchem, dem Vorſichtserben gegenüber, ein Ausſtand der Erbmaſſe zugewieſen und bezahlt wurde, nach Aufgabe der Erbſchaft durch den Vorſichtserben. 140.

Vorzugsrecht, der Gemeinde, welche das Recht, auf ihrer Gemarkung die Schäferei für eine gewiſſe Anzahl von Jahren zu betreiben, verpachtet hat, ſteht das — des L.R.S. 2102. 1. auf die Schafe des mit der Zahlung des Pachtzinſes ſäumigen Pächters zu. 115.

Waldrecht, das —, welches auf der Theilnahme am Gemarkungsverband beruht, iſt keine privatrechtliche Grunddgerechtigkeit; die Klage auf Anerkennung deſſelben gehört daher nicht vor die Gerichte 62.

Wechſel, über die Gültigkeit entſcheidet der Zeitpunkt der Ausgabe; — die Ausſtellung von Blanketten iſt zuläſſig, — die wechſelmäßige durch Annahme eines gezogenen Wechſels übernommene Verpflichtung zur Zahlung der Wechſelſumme tritt auch dann ein, wenn der Bezogene keine Deckung erhalten hat; dem Bezogenen bleibt aber die Geltendmachung etwaiger Anſprüche an den Ausſteller in geſondertem Rechtswege vorbehalten. 185.

Wettſchlagung im Gantverfahren. 137.

Widerklage, der thatſächliche Grund der — muß zur Zeit ihrer Erhebung ſchon beſtehen. 185.

Widerruf, über die Vorausſetzungen, unter welchen eine Partei im Prozeß ihre eigenen Anführungen und jene ihres Anwalts widerrufen könne. 59.

Widerſetzlichkeit, über den Thatbeſtand der —. 173.

Wiederaufnahme des Verfahrens in Strafſachen. 188.

Wiederzueignungsklage, ſ. Minderungsklage.

Wohnſitz, der allgemeine bürgerliche — eines ausländiſchen Erblaſſers im Inland iſt derjenige Ort, wo ſich derſelbe mit der — auch aus Thatſachen zu folgernden — Abſicht, fortdauernd allda zu bleiben, aufgehalten hatte. 30.

Zahlungsfriſt, eine unbeſtimmt bewilligte — iſt nach richterlichem Ermeſſen feſtzuſetzen. 202.

Zeugenbeweis, zur Auslegung des L.R.S. 1346. 102.

Zuſtändigkeit, zur Einſetzung des Erbnehmers in die Gewähr iſt das Amtsgericht desjenigen Ortes zuſtändig, wo der Erblaſſer zur Zeit ſeines Todes den Wohnſitz hatte. 30.

— der Gerichte, ſ. Militär-Einſtands-Capitalien.
ſ. Schuldbedarfgegenſtände.
ſ. Waldrecht.
ſ. Gerichtsbarkeit und
ſ. Gerichtsſtand.

Zuſtellung richterlicher Beſchlüſſe. 125.

Zwangsabtretung, ſ. Expropriationsgeſetz.

Zwangsverſteigerung, iſt eine — deßhalb nichtig, weil der Protokollführer die Liegenſchaft ſich zuſchlagen ließ? 163.

Digitized by Google

Erläuterungen:

a. Des Landrechts.

L.R.E.	Seite.
47.	123.
62.	124.
102. 103. 105.	33.
110.	30.
204.	164.
331.	123.
334.	124.
340 a.	57.
395.	129.
464.	21.
544.	149.
552. 553.	194.
577 bb. u. bd.	68.
577 ck. u. cs.	180.
601.	55.
637.	62.
674.	134. 149.
706. 707.	151.
726.	122.
802.	140.
808.	141.
896.	180.
920.	130.
930.	191.
931.	47.
966.	193.
1007. 1008.	30.
1109. 1110. 1110 a.	59.
1131. 1133.	131.
1165.	14.
1167.	100. 164.
1175. 1176.	157.
1328.	186.
1346.	102.
1356.	59.
1372. 1375.	38.
1382.	149.
1438. 1439.	166.
1444.	99.
1447.	100.
1587.	72.
1596.	163.
1602.	24.
1625.	24.
1641.	24.
1657.	12.
1782. 1786.	77.
1900. 1901.	202.
1952. 1954.	77.
1998.	12.
2016.	118.
2022.	118.
2036.	118.
2102 3. 1.	115.
2123. 2128.	137.
2159.	201.
2168. 2172. 2173.	163.
2244.	191.
2257.	193.
2265.	151.

b. Des Anhangs.

A.L.R.	Seite.
47 — 50.	206.
91. 92.	137.
92 ac. ae. af.	72.
98.	77.
103.	77.
209.	109.

c. Der bürgerl. Pr.O.

§§.	Seite.
7.	201.
36.	201.
50.	199.
94.	130.
113.	194.
142—150.	59.
221.	158.
266—271.	125.
280.	102.
282.	199.
336. 339.	4.
350.	99.
362.	114.
384. 387. 388. 391.	143.
483. 484. 490. 495.	18.
552. 554.	91.
562.	193.
587. 588.	4.
641.	162.
714.	17.
735.	137.
804 2.	67.
849.	66.
859.	4.
893—895.	204.
903.	199.
909. 910.	99.
918—920.	137.
929.	65.
955.	120. 170.
976.	170.
995.	67.
1012.	67.
1127.	161. 176. 183.
1128 3.	143.
1144.	99.
1172 3.	118.
1177.	33.
1184.	161.
1185. 1186.	160.
1190.	162.
1199 2.	65.

d. Des Strafgesetzbuchs.

§§.	Seite.
27. 28.	38.
117.	4.
161.	103.
213 3.	49.
229.	41.
253.	4.
278.	36. 173.
280.	173.
362.	47.
372.	196.
392. 394.	10.
400.	128.
427. 429. 430.	101.
459.	16.
537. 538.	143.
615. 616.	173.
632.	159.
657. 658.	143.

e. Der Strafprozeßordnung.

§§.	Seite.
55. 67.	85.
139.	183.
278.	184.
328.	85.

f. Des Einführungsgesetzes zum Str.G.B.

§§.	Seite.
9.	142.
27.	85.
36.	10. 88.
110.	184.
119.	188.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 1.

1.

Steht dem Obergerichte, an das ein Fall, in welchem auf Notheid erkannt ist, durch ein Rechtsmittel gebracht wurde, die Befugniß zu, den Notheid zu erlassen, obschon eine Beschwerde gegen dessen Auflage nicht gerichtet ist?

Freifräulein A. v. G. klagte gegen die Erben der verwittweten Freifrau E. v. G. mehrere, in den Jahren 1830/32 gegebene, Darleihen im Gesammtbetrag von 16,800 fl. ein. Die Beklagten erkannten die zum Beweise des erhobenen Anspruchs vorgelegten Schuldurkunden über die angeblichen Darleihen ihrer Erblasserin nicht an; diese Urkunden wurden jedoch von den Schreibverständigen als von der Hand der Erblasserin herrührend erklärt und sonach zur Ergänzung des Beweises der Aechtheit der Schuldurkunden der, in erster Instanz abgewiesenen, Klägerin in zweiter Instanz der Erfüllungseid auferlegt:

„Es ist wahr, daß die verstorbene Freifrau E. v. G. die (vorzulegenden) Schuldurkunde vom 7. Dezember 1830,
„ 10. März und
„ 12. Dezember } 1831,
und vom 9. Juni 1832 geschrieben hat."

Die fraglichen Darleihen waren aber von der Beklagten mit Bezug auf die §§. 5. 18. 19 und 21 der Beistandsordnung (Reg.-Bl. 1808 No. 3 S. 19 ff) L.R.S. 515a 515i als nichtig angefochten worden, weil bei ihrer Kontrahirung ein Geschlechtsbeistand nicht mitgewirkt hatte. Dieser Einrede hatte die Klägerin die Replik entgegengehalten, daß die Schuldnerin, nachdem die Beistandschaft aufgehoben war, die Darleihen genehmigt habe. Den Beweis dieser Replik trat die Klägerin durch 4 Briefe der Anleiherin an, welche zwar zum Theil ohne Ortsbezeichnung, jedoch nach Tag und Jahr, womit sie versehen sind, jedenfalls aus einer Zeit herrühren, in welcher die Beistandschaft längst aufgehoben war. In zweien dieser Briefe, in dem vom 9. Oktober und dem vom 4. Dezember 1851 sind die Erfordernisse der Genehmigung oder Bestätigung der Verbindlichkeit, wie sie der L.R.S. 1338 fordert, vollständig vorhanden, indem darin nicht nur die Schuldurkunden mit ihren Schuldbeträgen erwähnt sind, sondern auch der Grund der Anfechtbarkeit und der Verzicht auf dieselbe ausgedrückt ist.

Die Beklagten ließen aber auch rücksichtlich dieser Briefe durch ihren Anwalt die Erklärung abgeben, daß sie die Hand- und Unterschriften nicht kennen. Nach dem Ausspruch der Schreibverständigen sind jedoch die Briefe ebenso wie die Schuldurkunden von derselben Hand geschrieben, von welcher auch die Hand- und Unterschriften in den anerkannten, zur Schriftvergleichung vorgelegten, Urkunden geschrieben sind.

Das Hofgericht, an welches in der Appellationsbeschwerdeschrift gegen das, die Klägerin völlig abweisende amtsgerichtliche Urtheil der Antrag gestellt war, die Klägerin auch bezüglich der Briefe zum Reinigungseid zuzulassen, legte den Beklagten für den Fall, daß die Klägerin den Erfüllungseid wegen der Schuldurkunden leiste, bezüglich der Briefe den Reinigungseid auf:

„Wir wissen nicht und haben, sorgfältiger Nachforschung ungeachtet, die Ueberzeugung nicht erlangt, daß die verstorbene Freifrau E. v. G. die (vorzulegenden) Briefe vom 4. Mai
„ 9. Oktober } 1851
und 4. Dezbr.
geschrieben hat."

Hiergegen führte die Klägerin die Oberappellation aus und stellte das Gesuch, die Beklagten schon dann zur Zahlung zu verurtheilen, wenn sie den Erfüllungseid bezüglich der Schuldurkunden leiste, eventuell, sie, die Klägerin, auch bezüglich der Briefe zum Erfüllungseid zuzulassen.

Der Erfüllungseid konnte ihr aber nicht auferlegt werden, weil sie selbstverständlich nicht zugegen war, als die an sie gerichteten Schreiben verfaßt wurden. §. 416 Pr O.

Gleichwohl hielt das Oberhofgericht sie für beschwert,

Digitized by Google

indem es annahm, die aus dem Gutachten der Schreibverständigen, nach welchem die Briefe von derselben Hand wie die Schuldurkunden geschrieben sind, sich ergebende Wahrscheinlichkeit für die Aechtheit der Briefe werde wesentlich erhöht, wenn die Klägerin den Erfüllungseid bezüglich der Schuldurkunden geleistet haben werde, indem dann auch das Abläugnen der Aechtheit der Briefe weniger gerechtfertigt erscheine; überdies spreche auch der Inhalt der Briefe dafür, daß sie von der Erblafferin herrühren.

Man nahm ferner mit Bezug auf die in den J.B. n. F. X. S. 436 ff. entwickelten Grundsätze an, daß der Beweis der Aechtheit der Briefe durch diese Vermuthungen ergänzt werde, daß somit die Replik der Anerkennung oder Bestätigung der Darleihen für bewiesen zu erachten sei, vorausgesetzt, daß die Klägerin den ihr auferlegten Erfüllungseid über die Aechtheit der Schuldscheine ausgeschworen haben werde. Allein von einer Seite nahm man Anstand, dieser Anschauung Folge zu geben, weil der Antrag in der Appellationsbeschwerdeschrift nur dahin gestellt war, die Klägerin auch bezüglich der Briefe zum Erfüllungseid zuzulassen und man auf das weiter gehende Begehren in der Oberappellationsbeschwerde keine Rücksicht nehmen zu dürfen glaubte, indem die Klägerin nur soweit beschwert, als ihrem früheren Begehren nicht entsprochen worden sei, mit andern Worten, ein günstigeres Urtheil, als die Klägerin selbst begehrt habe, nicht erlassen — nicht ultra petitum erkannt — werden dürfe.

Dagegen wurde geltend gemacht, das Gesuch in erster Instanz gehe auf Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung, dieses habe auch noch in der zweiten Instanz fortgewirkt, wo der Antrag, abändernd auf einen Erfüllungseid der Klägerin auch bezüglich der Briefe zu erkennen, nur als Mittel zum Zweck jener Verurtheilung dienen sollte und genau betrachtet, nicht mehr enthalte, als ein Erbieten zum Erfüllungseide. Ob dieser zulässig oder nöthig sei, habe der Richter zu ermessen, welchem der Notheid nur zur Ergänzung seiner, durch die Beweisführung nicht vollständig hergestellten Ueberzeugung diene.

v. Bayer, Vorträge über den gem. ord. Civilpr. §. 272 S. 910. 911. S. 912 unten.

Dieser sei vom Gesetz ermächtigt, seine durch die Beweisführung nicht ganz gehobenen Zweifel über die Behauptungen der einen oder der andern Partei durch die eidliche Bekräftigung derselben heben zu lassen.

Wo er aber keine Zweifel habe, sondern schon durch die Beweisführung vollständig überzeugt sei, da habe er nicht nöthig, zum Notheid zu greifen, und wo er denselben für überflüssig halte, könne ihn auch eine Partei nicht durch ihren Antrag nöthigen, demungeachtet noch auf einen Notheid zu erkennen. Ein solcher Antrag erscheine daher stets nur als ein Erbieten zum Notheid zum Zweck der Erwirkung eines Erkenntnisses nach dem Klag- beziehungsweise Einredeantrag, für den Fall, daß der Richter noch einer eidlichen Ergänzung seiner Ueberzeugung bedürfe.

Nach dieser Ansicht wurde dann auch am 25. Oktober 1860 erkannt, daß die Klägerin nur den Erfüllungseid hinsichtlich der Schuldurkunden zu leisten und in diesem Falle die begehrte Zahlung von den Beklagten zu erhalten habe; daß sie aber im Falle der Verweigerung jenes Eides mit der eingeklagten Forderung abzuweisen sei. Daß ihr in dem Gesuche der Appellationsbeschwerdeschrift enthaltenes Erbieten zum Erfüllungseide über die Aechtheit der Briefe den Richter nicht binden könne, ist in den

Entscheidungsgründen

mit der Ausführung begründet:

„Nach der Natur des Notheides unterliegt es schlechthin dem richterlichen Ermessen, ob hier dem Reinigungseid der Erfüllungseid zu substituiren ist, oder ob nach dem vorhandenen Beweismaterial von dem Notheid überhaupt Umgang genommen werden kann. Zu dem Letzteren ist man nicht nur nach dem oben Bemerkten (Vermuthungsbeweis) berechtigt, sondern auch deßhalb aufgefordert, weil es seltsam erscheinen würde, wenn Schriften, welche von den Schreibverständigen als von einer und derselben Hand herrührend erklärt sind, von der einen Partei eidlich anerkannt, von der andern aber eidlich abgeläugnet werden sollen."

Vgl J.B. n. F. XIII. (1852/53) S. 391.

Wo, wie hier, zu Gunsten desjenigen, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat, das Obergericht von dem Notheide Umgang nimmt, da kann die Zulässigkeit dieses Strichs eines nach der Ueberzeugung des Obergerichts überflüssigen Notheids kaum einem Bedenken unterliegen. Diese Ueberzeugung kann aber auch da eintreten, wo derjenige, dem ein Notheid auferlegt ist, das Rechtsmittel nicht ergriffen hat, sondern sein Gegner. Steht nun auch in solchem Falle dem Obergerichte die

Digitized by Google

Befugniß zu, dem Appellaten, beziehungsweise Oberappellaten den Notheid zu erlassen?

Diese Frage ist in Entscheidungen verschiedener oberster Gerichtshöfe Deutschlands mehrfach bejaht worden.

So hat das Königl. Würtembergische Obertribunal am 11. Juni 1835 in einem Falle, in welchem auf einen Erfüllungseid des Klägers erkannt und hiergegen vom Beklagtrn Beschwerde geführt war, in dritter Instanz aber bei Prüfung der Beweisführung die Ueberzeugung gewonnen wurde, daß vollrr Beweis geliefert sei, Beklagter dahrr sofort hätte verurtheilt werdrn sollen — denselbrn unter Streichung jenes Ergänzungseides pure verurtheilt, indem es ausführte:

„Es gehört zu drn unbestrittenrn Pflichten des Richters, Eidesleistungen zu begegnen, wodurch für die Ausmittlung eines Rechtsverhältnisses nichts gewonnrn werden kann, weil sie als Mißbrauch dieses, ohnehin die größtr Behutsamkeit erfordernden, Mittels erschrinen, wodurch dir Heiligkeit des Eides gefährdet würde; es muß daher auch in den Befugnissen des Oberrichters liegen, einr vor dem Unterrichter geschehene Eidesauflagr, wrnn sir nicht wirklich zum Zwrcke des Rechtsspruchs dient, selbst dann aufzuhebrn, wrnn der, welcher mit der Eidesauflagr belastet wurde, hierüber keine besondrrr Beschwerde geführt hätte, indem der Oberrichter in einer durch Appellation an ihn gebrachten Rechtssache in der freirn Brurtbrilung derselbrn durch die Ansichtrn des Unterrichtrrs nicht dahin brschränkt werdrn kann, daß er einr vom Unterrichter gemachte Eidesauflage, welchr mit drr Brgründung der oberrichterlichrn Entschridung in gradrm Widrrspruche ständr, aufrecht halten müßte.

In glricher Weise hat dasselbe Obertribunal durch Erkenntniß vom 2. Januar 1841 den in dem Erkenntnisse der I. und II. Instanz dem Kläger auferlegten Reinigungseid gestrichen, obgleich nicht dieser, sondern der Beklagte dir Oberappellation eingelegt hatte und dirsen Strich, wie folgt, motivirte:

„Der dem Kläger in den Erkenntnissen der vorigen Instanzen auferlegte Reinigungseid ist auf eine Thatsache gerichtet, welche nicht als erheblich erscheint. Zwar hat der Kläger kein Rechtsmittel dagegen ergriffen; allein wenn es nach dem Urtheil des Oberrichters auf den Beweis des Umstandes, auf welchen sich die Eidesauflage bezieht, gar nicht ankömmt, so ist es ein vom Obertribunal angenommener und schon öfter befolgter Grundsatz, daß in einem solchen Falle dir Heiligkeit drs Eides erfordere, daß eine Eidesauflagr über einen Thatumstand, dessen Existrnz oder Nichtexistrnz von keinem Einfluß auf die Entscheidung des Streites ist, aufgehoben werde, wenn gleich diejenigr Partei, welcher der Eid auferlegt wurde, deßhalb keine Beschwerde geführt habe."

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. 2. Band. No. 239 S. 301. 302.

Ebenso erkannte das Oberappellationsgericht in Celle am 23. Oktober 1845 in einem Falle, in welchem der Brklagte gegen ein Erkenntniß auf Erfüllungseid des Klägers das Rechtsmittel ergriffen hatte, indem es nicht nur das Rechtsmittel des Beklagten zurückwies, sondern auch den Kläger, soweit der demselben obliegende Beweis (nach der Auffassung des Oberappellationsgerichts) als geführt erscheine, von dem noch auferlegten überflüssigen und daher schon von richterlichen Amtswegen nicht zu grstattendrn Erfüllungseide freisprach.

Seuffert, a. a. O. Bd. 12. No. 103. S. 141.

In demselben Bande unter No. 218 S. 292. 293. ist auch ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu München vom 12. Januar 1858 mitgetheilt, durch welches in einem Falle, wo das Erkenntniß erster Instanz dem Kläger einen Erfüllungseid aufgelegt und hiergegen der Beklagte die Berufung ergriffen hatte, zwar in zweiter Instanz diese Eidesauflage trotz der Ansicht, daß Kläger vollständigen Beweis erbracht habe, bestätigt wurde, weil der Kläger gegen die Auflegung eines Erfüllungseides eine Beschwerde nicht erhoben habe, das Oberappellationsgericht jedoch auf weitere Beschwerde des Beklagten zu Gunsten des Klägers den ihm auferlegten Erfüllungseid strich. In den Motiven ist ausgeführt, daß Kläger in der That vollständigen Beweis erbracht habe, sodann weiter bemerkt:

„Hat Kläger den ihm obgelegenen Beweis bereits vollständig geliefert, bedarf sonach der Richter hierüber krines weiteren Beweises, so ist von diesem nun auch die rechtliche Folge hiervon auszusprechen und ist es bei diesem Grundsatze „probatio fit judici" nicht, wie die zweite Instanz dafür hält, von Erheblichkeit, daß Kläger selbst über den von der ersten

Instanz ihm auferlegten Erfüllungseid keine Beschwerde erhoben hat.

Denn in Folge der vom Beklagten über diese Eidesauflage erhobenen Beschwerde hat die Auflage die Rechtskraft nicht beschritten, sondern wurde das ganze einschlägige Beweisresultat der ober- und oberstrichterlichen Prüfung unterstellt und sammt allem, was davon abhängt, dahin devolvirt. So wie nun die erste Instanz die fragliche Eidesauflage von Amtswegen blos deshalb machte, weil sie den Beweis nur als zur Hälfte erbracht erachtete und aus diesem Grunde zu ihrer Ueberzeugung noch der Ableistung des Erfüllungseides bedurfte, so hat auch der obere und oberste Richter seine freie Ueberzeugung darüber auszusprechen, was dem vorliegenden Beweisresultate gemäß Rechtens ist, und eine hiernach unnöthige Eidesauflage von Amtswegen zu beseitigen."

Man wird zwar diesen Entscheidungen entgegenhalten, daß sie den aus der Verhandlungsmaxime abfließenden Grundsatz verletzen: Ne eat judex ultra petita partium! wonach ein solcher Strich des Notheids in höherer Instanz nicht von Amtswegen, sondern nur dann zulässig gewesen wäre, wenn der Appellat, beziehungsweise Oberappellat entweder auch ein Rechtsmittel ausgeführt oder doch dem seines Gegners sich angeschlossen hätte.

§§. 1122. 1159 Pr.O.

Allein jener Grundsatz beschränkt den Richter nur insoweit, daß er in seinen Entschlüssen und Entscheidungen nicht weiter gehe, als das Gesuch der betreffenden Partei,

v. Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß §. 12 S. 32. B. II.,

und ist in unserer Pr.O. nach §. 336 dahin zur Geltung gebracht, daß das Gericht einer Partei nicht von Amtswegen Etwas zusprechen darf, um was sie nicht gebeten hat, nach §. 339, daß es ebensowenig berechtigt ist, einer Partei mehr oder einen andern Gegenstand zuzuerkennen, als sie selbst verlangt hat, endlich nach §. 859, daß einem Gantgläubiger eine bessere Stelle, als er selbst verlangt hat, nicht von Amtswegen angewiesen werden darf; er ist also auf den Streitgegenstand und auf den Grad des Anspruchs auf Befriedigung in einer Gant beschränkt.

Allein bei der Frage, ob ein Notheid zur Ergänzung des Beweises noch erforderlich sei, ist das Gericht auf sein freies Ermessen angewiesen und hat in dieser Beziehung von Amtswegen vorzugehen.

v. Bayer, a. a. O. S. 34; Archiv für civil. Praxis, 41. Band, S. 304 vor Note 23.

Zachariä, Handbuch des fr. Civil-Rechts §. 764, Note 3 Bd. IV. S. 486.

v. Bayer, a. a. O. §. 272 S. 910 911 Ziff. 1 S. 912 unten.

Martin, Vorlesungen über die Theorie des d. g. b. Prozesses §. 129 II. S. 45. VI. S. 48. §. 190. III. S. 226 oben.

Dieß ist auch in §. 587. 588 unserer Pr.O. anerkannt.

Wo nun ein Untergericht von Amtswegen einen Notheid auferlegt hat, soll da nicht das Obergericht, an welches die Sache devolvirt wird, wenn es diesen Notheid nicht für erforderlich hält, ihn auch von Amtswegen beseitigen dürfen? Von einem jus quaesitum des Gegentheils auf diesen Notheid kann keine Rede sein: denn mit dem Eid ist weder Etwas zu, noch demjenigen, welchem er auferlegt war, Etwas aberkannt, sondern der Beweiseid ist nur ein Mittel zum Zweck der Entscheidung, welches der Oberrichter, wenn er es nicht bedarf, nicht gegen seine Ueberzeugung deßhalb beibehalten muß, weil es das Untergericht für nöthig erachtet hatte, um die Entscheidung geben zu können.

Stf.

2.

Ueber den Versuch der Abtreibung der Leibesfrucht. Gebrauch relativ untauglicher Mittel.

Freiwilliges Aufgeben des Gebrauchs eines an sich tauglichen Mittels.

(§. 253. 117 Str.G.B.)

Annalen XX. S. 218 ff. 273 ff. 416.

I.

Auf den Grund des Ergebnisses der unterm 21. April v. J. gegen die 25 Jahre alte, ledige, kräftig gebaute Theresia F., Mutter von 2 unehelichen Kindern, wegen Versuchs der Abtreibung der Leibesfrucht eingeleiteten Untersuchung wurde jene durch Urtheil des großh. Hofgerichtes des Seekreises vom 26. Mai 1860 No. 2506 dieses Verbrechens für schuldig erklärt und deßhalb in eine Amtsgefängnißstrafe von 3 Wochen, geschärft durch 5 Tage

Digitized by Google

Hungerkoſt und zur Koſtentragung verurtheilt aus folgenden, auch das Thatſächliche umfaſſenden

Gründen:

Die ſchon wegen Diebſtahls beſtrafte und wegen ihres unſittlichen Lebenswandels ſchlecht beleumundete ledige Thereſe F. von H. iſt des Verſuchs der Abtreibung der Leibesfrucht angeſchuldigt und hat auch zugeſtanden, daß, nachdem ſie ſich ſeit Lichtmeß v. J. ſchwanger fühlte, ſie Ende Februar v. J. aus einem Nachbarsgarten eine Handvoll ſog. Palmenſevenzweige (Juniperus Sabina), wovon ſie wußte, daß es ein Abtreibungsmittel ſei, geholt, dieſelben mit einem Schoppen Eſſig in der Küche ihrer Schweſter, Juliane Fehr, während deren Abweſenheit abgeſotten, das Gekochte in einen Krug geleert und einmal einen rechten Mundvoll davon getrunken habe, was ihr aber Grauſen und Ekel verurſachte, ſo daß ſie nichts mehr davon trinken, und, jedoch erſt in einigen Tagen, den Krug ausleeren wollte, wo dies aber ſchon geſchehen war. — Dieſes Geſtändniß wird unterſtützt durch die eidlichen Ausſagen der Eliſabeth, Helene D. und der Hebamme Marie Ida D, indem dieſe drei Zeugen den Inhalt des Kruges, der gut zur Hälfte, alſo mit mindeſtens 2½ Schoppen Flüſſigkeit angefüllt war, ſahen, die beiden erſtgenannten Zeugen die Angeſchuldigte ſchon vorher eines Abends mit den Zweigen nach Hauſe kommen ſahen, wobei ſie es für Tannen- oder Forlenholz ausgab, und ferner die Helene D. den in der Schüne aufbewahrten Krug mit der Flüſſigkeit der Hebamme brachte, worauf deſſen Ausleerung erfolgte. —

Da nun durch die gerichtsärztlichen Gutachten beſtätigt wurde, daß den Palmenſeven die Eigenſchaft von Abtreibungsmitteln zukomme, und daß ein Quantum in der Weiſe, wie es die Thereſe F kochte, auch nach und nach genommen, die Abtreibung der Leibesfrucht bei ihr nach der Zeit ihrer Schwangerſchaft bewirken konnte, und da ferner die Angeſchuldigte zugibt, dies gewußt, ſowie in der Abſicht die Zweige geholt, abgekocht und davon getrunken zu haben, daß dadurch das Kind auf leichte Weiſe von ihr abgehe, ſo liegt der Verſuch einer Abtreibung der Leibesfrucht im Sinne des §. 253. 106 des Str.G. vor, der jedoch als ein nicht beendigter Verſuch angeſehen werden muß, weil das von der Angeſchuldigten genoſſene Quantum gemäß dem gerichtsärztlichen Gutachten keinenfalls geeignet war, die beabſichtigte Wirkung hervorzubringen. [1])

Was die Angabe der Thereſe F. betrifft, ſie hätte durchaus nichts mehr von dem Tranke genießen wollen, ſo kann dies nicht als ein freiwilliges Aufgeben des verſuchten Verbrechens nach §. 117 des St.G.B. betrachtet werden, da das weitere Aufbewahren des Trankes in der von der Helene D. angegebenen Weiſe, anſtatt ſolchen ſofort nach dem erſten Verſuche auszuſchütten, in Verbindung mit dem ſchlechten Leumunde der Angeſchuldigten darauf ſchließen läßt, daß ſie keineswegs noch zum vollſtändigen Aufgeben ihres Vorhabens entſchloſſen war, ſondern wahrſcheinlich noch weitere Verſuche beabſichtigte.

Es hat daher nach §. 112 St.G.B. eine Ermäßigung der in §. 253 des St.G.B. beſtimmten Strafe einzutreten, wobei das alsbaldige Geſtändniß der Angeſchuldigten ſtrafmindernd, ihr ſchlechter Leumund aber ſtraferhöhend in Betracht zu ziehen iſt, ſo daß die im Urtheile ausgeſprochene Strafe mit den geeigneten Schärfungen nach §. 53 des St.G.B. gerechtfertigt erſcheint."

Hieran läßt ſich die Erörterung folgender Punkte anknüpfen:

1) Innerlich wirkende Abortivmittel in dem Sinne, daß ſie ſicher eine frühzeitige Ausſtoßung des Kindes aus dem Mutterleibe bewirken, gibt es nicht (wohl aber mechaniſch wirkende Mittel, die regelmäßig einen Abortus erzeugen). —

Unſer Strafgeſetz §. 251 verlangt deßhalb objektiv blos die Anwendung der Mittel [2]) und die Entbindung mit einem unzeitigen und nicht lebensfähigen oder todten Kinde, präſumirt dagegen den Cauſalzuſammenhang, d. h. die geſetzliche Strafe tritt ein, wenn dieſer Erfolg nicht nachweisbar die Wirkung einer andern Urſache iſt. [3])

---

[1]) Siehe unten die Anmerkung der Redaktion.

[2]) Aber in gehöriger Menge und geeigneter Zubereitung; ſiehe Note 1. Red.

[3]) Stirbt jedoch das Kind erſt nach der Geburt, ſo muß Cauſalzuſammenhang zwiſchen Mittel und Erfolg zur Anwendung der Strafe nachgewieſen ſein. Der Einſ.

Zentner bemerkt hiezu in dem Kommiſſ.-Ber. (5) zu §. 225 (H. K. 1839. VII. Beil.-Heft S. 23): „Stirbt das Kind, das lebensfähig zur Welt kam, nach der Geburt, ſo fällt nur dann, wenn der Tod als Folge (Wirkung) des Abortivmittels nachgewieſen iſt, der Fall unter dieſen §. Die Präſumtion würde hier auf zu unſicherer Grundlage ruhen, da auf das Leben und die Geſundheit des Kindes, ſowie es einmal von dem Leibe der Mutter getrennt iſt, zu vielerlei Umſtände einwirken können. Red.

Digitized by Google

In Uebereinstimmung damit verlangt Mittermaier (in seinen Vorlesungen zu Feuerbach St. § 393) zum Thatbestande der Abtreibung der Leibesfrucht keinen absoluten Causalzusammenhang zwischen Mittel und Erfolg, sondern nur die Anwendung von Mitteln, welche unter gewissen Umständen den Abortus bewirken können, entweder weil sie direct auf das Leben des Kindes wirken oder die Verbindung des Kindes mit der Gebärmutter aufheben können, und will dieser Criminalist (Gerichtssaal VII. 1) deßhalb die an den Gerichtsarzt zu richtende Frage in der Weise formulirt haben, „ob das Mittel als ein solches betrachtet werden kann, welches geeignet ist, unter Umständen die zu frühzeitige Entbindung oder den Tod der Frucht im Mutterleibe zu bewirken? (nicht aber ob es ein Abortivmittel sei).

Diese Gesetzesbestimmung in §. 251 St.G.B. enthält übrigens eine Abweichung von den allgemeinen und im Einzelnen anerkannten Grundsätzen unseres Strafrechtes, wornach kein Erfolg zugerechnet wird, der nicht seinen zureichenden erwiesenen Grund in der That hat (§. 97. 119. 203. 212. 225. 243 u. s. w.) Vergl. auch §. 239 Ziff. 4. 5. §. 240 Ziff. 4 — und man kann fragen, ob es nicht vorzuziehen wäre, wenn dem Principe entsprechend der Gesetzgeber blos Abtreibungsversuch in allen Fällen angenommen hätte, in welchen der Causalzusammenhang nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden kann. *)

Vergl. J. B. Friedreich in Blätter für gerichtliche Anthropologie. Nürnberg Jhrg. VII. H. V. S. 27 ff. (wo auch die berührte Abhandlung Mittermaiers abgedruckt ist.)

2) Ist Palmenseve (Juniperus Sabina, Sodebaum, ein immergrünender baumartiger, bei uns in Gärten häufig gepflanzter Strauch, nach dem Lande der alten Sabiner so benannt und arzneilich dort gebraucht) ein Abortivmittel?

In Friedreich am angeführten Orte heißt es: „Die Sabina ist das scharfstoffigste Mittel aus der Reihe der balsamischen und wirkt mächtig erregend auf das Gefäßsystem, besonders erregend aber auf das Uterinsystem, bewirkt jedoch nicht immer Abortus. Die Wirkung richtet sich nach der Constitution und dem Temperamente; bei gracilem Bau, nervöser Constitution und erregbarem Temperamente wirkt sie mehr als bei einer phlegmatischen Person."

Das gerichtsärztliche Gutachten hierüber in erwähntem Falle spricht sich dahin aus:

„Die Blätter (des Palmenseve) oder vielmehr die obersten Spitzen der Zweige werden in der Regel zu solchen verbrecherischen Absichten gebraucht. Ihre nächste Wirkung besteht darin, einen beträchtlichen Blutandrang (Congestion) im Gebärorgane zu bewirken, wodurch eine Blutüberfüllung in den Gefäßen desselben verursacht wird oder vorzeitige Zusammenziehungen (Contractionen) in der Gebärmutter hervorgerufen werden, wodurch ein Ausstoßen der Frucht aus dem Fruchthälter zu Stande kommt, indem eine beträchtliche Anzahl von Gefäßen zerreißt und Blutextravasat sich bildet, wodurch ein neuer Reiz auf den Inhalt der Gebärmutter ausgeübt wird, der zur anhaltenden Verstärkung der Zusammenziehungen führt, und so schneller die Ausstoßung der Leibesfrucht bewirkt . . . .

Man kennt von diesem Mittel die Dosis nicht genau, welche hinreicht, um die Abtreibung der Leibesfrucht einzuleiten und zu Ende zu führen, es kann jedoch angenommen werden, daß eine Handvoll, in einem Schoppen Essig gekocht und auf einmal ausgetrunken, den Zweck erfüllt haben würde;" —

und das Schlußgutachten: „Der weitere Gebrauch des erwähnten zubereiteten Trankes, besonders in großen Dosen und in nicht zu weit auseinander gehenden

*) In den Anmerkungen zum bayerischen Strafgesetz VI. S. 43. 44 ist die Bemerkung gemacht:

„Könnte man den Thatbestand mit Gewißheit herstellen, so würde Abtreibung gleich dem Kindermorde zu bestrafen sein. Da aber nie gewiß behauptet werden kann, daß die Mittel die frühzeitige oder todte Geburt wirklich hervorgebracht haben, so steht dieses Verbrechen mehr in der Linie des Versuchs."

Hieran knüpft Zentner in seinem Bericht (5) (Z. K. 1839. VII. Beil.-Heft) S. 22. 23 die Bemerkung, da es leicht möglich sei, daß auch ohne das Abortivmittel derselbe Erfolg eingetreten wäre, daß dieser also in der That gar nicht die Folge des Abtreibungsmittels sei, so könne es bei der Schwierigkeit einer zuverlässigen Untersuchung, so lange nicht der Beweis eines andern Entstehungsgrundes vorliege, zum Thatbestande genügen, wenn gewiß sei,

a) daß die Mutter von einem lebensunfähigen oder todten Kinde entbunden,

b) daß an derselben Mittel, welche eine zu frühe Entbindung oder den Tod der Frucht im Mutterleibe bewirken können, angewendet worden seien, und

c) daß der Thäter jene Mittel mit rechtswidrigem Vorsatze angewendet habe.

Der Möglichkeit einer andern Ursache oder Mitursache sei durch die geringe Strafe Rechnung getragen.

Digitized by Google

Zeitfolgen hätte wahrscheinlich hingereicht, um die Abtreibung der Leibesfrucht herbeizuführen.“ —

Pfeiffer, Amtsrichter.

Anmerkung der Redaktion.

Es scheint hiernach, daß die Angeschuldigte weder mit einem unzeitigen, noch mit einem nicht lebensfähigen, noch mit einem todten, sondern mit einem ausgetragenen, lebenden und lebensfähigen Kinde niedergekommen war; denn sonst wäre der §. 253 Str.G.B., der die Anwendung der Mittel, aber Erfolglosigkeit voraussetzt, schon des eingetretenen Erfolges wegen nicht anwendbar.

Bezüglich der angewendeten Mittel nimmt er ausdrücklich auf den §. 251 Bezug, findet also in dieser Beziehung nur da Anwendung, wo wirklich ein Mittel angewendet wurde, welches eine zu frühe Entbindung oder den Tod der Frucht im Mutterleib bewirken konnte.

Wenn daher in einem einzelnen Fall zwar eine Sache, welche zu den fruchtabtreibenden Droguen gezählt wird, gebraucht, aber nicht in der Quantität oder Qualität, Zubereitung oder Verbindung, in welcher der Sache allein eine solche Wirkung beigemessen werden kann, in Anwendung gebracht wurde, so ist der Fall nicht vorhanden, worauf sich das Gesetz in §. 253 bezieht. Es ist in einem solchen Fall ebensowenig ein Abtreibungsmittel im Sinne des Gesetzes angewendet worden, als es eine Giftbeibringung im Sinne des §. 243 wäre, wenn z. B. Einer dem Andern ein Tröpfchen Blausäure in einem Schoppen Zuckerwasser darreichen würde.

Schon deßhalb, weil bei Anwendung der geeigneten Mittel in geeigneter Weise die Erfolglosigkeit in §. 253 Str.G.B. soweit berücksichtigt ist, daß nur Gefängnißstrafe erkannt werden darf, könnte die in den Motiven zu §. 225 des Entwurfs ausgesprochene Ansicht, daß unter den Voraussetzungen des §. 98 (110 des Str.G.B.) die Anwendung untauglicher Mittel die Strafe des entfernten Versuchs zur Folge haben müsse, nicht mehr in dieser Allgemeinheit Platz greifen.

Allein es frägt sich, ob der in §. 253 Str.G.B. nicht vorgesehene Fall, daß die Schwangere ein geeignetes Mittel in geeigneter Weise zu gebrauchen begonnen hat, aber durch äußere Einwirkung in der Fortsetzung des Gebrauchs gehindert wird, nach allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Versuche beurtheilt, oder ob nur derjenige Versuch der Abtreibung, welcher in §. 253 besonders bedroht ist, als solcher geahndet werden darf.

In dieser Beziehung ist zu beachten, daß sogar die in §. 253 bedrohte That in §. 220 des älteren Entwurfs straflos gelassen war;

s. Trefurt, Commiss.-Ber. zu §. 227. II. K. 1839 VII. Beil.-Heft S. 23,

daß dagegen §. 227 des neueren Entwurfs nur die Strafe des entfernten Versuchs drohte, obgleich nach §. 107 Str.G.B. die in §. 253 behandelten Fälle eigentlich in die Klasse der beendigten Versuchshandlungen gehören, welche nach §. 114 nur um ein Viertel minder, als das vollendete Verbrechen zu ahnden sind; daß jedoch die Kommission der II. K. mit dem veränderten Entwurf zwar der Ansicht war, in den jetzt durch §. 253 St.G.B. bedrohten Fällen liege eine strafbare Versuchshandlung vor, dabei aber vorzog, statt der im revidirten Entwurf gedrohten Strafe des entfernten Versuchs, welche nach §. 101 des Entwurfs (§. 112 (vergl. §. 35) des St.G.B.) bis zu 3 Jahren Arbeitshaus ansteigen könnte, eine Gefängnißstrafe zu drohen, weil man auch jene Strafe noch zu hoch fand;

s. Trefurt, Commiss.-Ber. zu §. 227 a. a. O.,

daß also der §. 253 Str.G.B. für den Versuch der Abtreibung der Leibesfrucht eine besondere, von den allgemeinen Grundsätzen über die Strafbarkeit von Versuchshandlungen abweichende, durch auffallende Milde sich unterscheidende, Bestimmung getroffen hat.

Allein außerdem darf nicht (wie bei Thilo zu §. 251) übersehen werden, daß der §. 98 des Entwurfs, welcher die Fälle des Gebrauchs untauglicher Mittel ohne Unterschied mit der Strafe des entfernten Versuchs bedrohen wollte, von der Kommission der II. K. auf größere Vergehen, auf bedeutendere Verbrechen beschränkt worden ist.

s. Welker. Kommiss.-Ber. (2) II. K. 1839 zu §. 98. VII. Beil.-Heft S. 76 und den Entwurf nach den Beschlüssen der Kommission, IV. Beil.-Heft S. 195.

Diese Beschränkung wurde von der II. K. gutgeheißen,

Verhandlungen der II. K. 1850. V. Heft S. 313 bis 319.

und die Fassung des §. von der I. Kammer in dieser Beziehung nicht beanstandet.

Verhandl. der I. K. 1841. 2. Beil.-Heft S. 16. 1842. 1. Pr.-Heft S. 178.

Digitized by Google

In dem vorsätzlichen Gebrauch eines Abortivmittels, wenn es auch wegen Unzulänglichkeit der angewendeten Quantität nicht wirken kann, liegt bei wirklich vorhandener Schwangerschaft immerhin ein Versuch der Abtreibung, denn die Absicht der Schwangeren wird dadurch, wie

Ofenbrüggen, Abhandl. §. 8 S. 43

sagt, wenn auch nicht verwirklicht, so doch ausgeführt (objektivirt).

Wenn nun aber die Schwangere, welche zwar ein an sich zur Abtreibung geeignetes Mittel braucht, dasselbe in der geeigneten Menge zu brauchen, aus eigenem Entschlusse freiwillig aufhört, so wird sie schon zufolge §. 117 Str.G.B. straflos bleiben, obschon ihre Absicht ursprünglich eine strafbare war und nicht Abscheu vor dem Verbrechen, sondern nur vor dem Mittel die Einstellung seines Gebrauchs veranlaßte.

Wer endlich zwar das geeignete Mittel, aber aus Unkenntniß in nicht ausreichender Weise (also ein relativ untaugliches) und deßhalb erfolglos braucht, der wird demjenigen gleich zu behandeln sein, welcher in der Absicht, ein an sich taugliches Mittel anzuwenden, aus Irrthum ein absolut untaugliches braucht, und dieser geht hier, wo in §. 251 Str.G.B. das vollendete Verbrechen nur mit Arbeitshaus nicht aber unbestimmt („alternativ", s. Duttlingers Aeußerung in der Diskussion II. K. 1840 5. Pr.-H. S. 314) mit Arbeitshaus- oder Zuchthausstrafe bedroht ist, nach der in §. 110 anerkannten Regel

s. Duttlinger's Aeußerung a. a. O.

auch straflos aus.

II.

Das großh. Oberhofgericht hat sich früher dahin ausgesprochen, daß der Versuch mit untauglichen Mitteln nur dann straflos sei, wenn das gebrauchte Mittel absolut untauglich ist, nicht aber dann, wenn die Untauglichkeit des Mittels eine relative gewesen ist, so wie daß in der einfachen Thatsache der nicht erfolgten Fortsetzung des Gebrauchs eines Abortivmittels noch kein freiwilliges Aufgeben liege.

Die frühere Entscheidung des großh. Oberhofgerichts über den Versuch mit untauglichen Mitteln ist auch in dem Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands von Temme Bd. II. No. 241 S. 47 mitgetheilt und die Redaktion des Archivs hat dazu bemerkt, daß diese Entscheidung nach badischem Gesetze unzweifelhaft begründet sei.

Nunmehr hat der oberste Gerichtshof in folgendem Falle eine andere Entscheidung gegeben.

Die 38 Jahre alte, ledige Crescentia Wiest von K., welche früher schon viermal und zwar einmal zu früh geboren und noch zwei Kinder am Leben hat, kam neuerdings am 27. Januar d. J. auf dem Abtritte nieder. Die Niederkunft war eine zu frühe, eine Fehlgeburt; die Leibesfrucht hatte nach dem Gutachten der Gerichtsärzte ein Alter von etwa 6 Monaten oder 24 — 25 Wochen erreicht, war also nicht lebensfähig.

Die Cr. Wiest legte das Geständniß ab, daß sie seit August v. J. schwanger gewesen sei, daß sie im ersten Monate ihrer Schwangerschaft, als sie noch nicht bestimmt gewußt, aber doch geglaubt, daß sie in der Hoffnung sei, in zwei Abtheilungen zwei Tage nach einander je ein Trinkglas voll kalten Bayenweins mit je einem Päckchen (etwa 7½, also im Ganzen 15 Gran) Safran getrunken habe, weil sie gehört, daß dadurch die Periode wieder komme, wenn man sie **durch geschlechtlichen Umgang mit einem Manne** verloren habe!

(Schluß folgt.)

Anzeige.

Die Verlagshandlung wird die Annalen von nun an, statt wie bisher alle acht Tage je in einem halben Bogen, alle vierzehn Tage je in einem ganzen ausgeben.

Durch diese Aenderung will sie — in Berücksichtigung ausgesprochener Wünsche — die störende Unterbrechung der Aufsätze und den weiteren Uebelstand beseitigen, daß durch die Aufschrift der Blätter zu viel Raum weggenommen wird.

Wir hoffen, daß die neue Einrichtung allgemeine Billigung finde. Die Redaktion.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 2.

(Schluß von Art. 2.)

Sie stellte aber trotzdem in Abrede, daß sie die Absicht gehabt, ihre Leibesfrucht abzutreiben und behauptete, sie habe immer gehört, daß Safran ein Abtreibungsmittel sei und allgemein dafür gelte, allein nur, wenn man den Wein warm mache und das Mittel selbst längere Zeit hindurch gebrauche; sie habe aber das Mittel nicht in dieser Weise angewendet, weil sie nur die Absicht gehabt habe, zu sehen, ob sie die Periode wieder bekomme, was aber nicht geschehen sei.

Von den Gerichtsärzten wurde das Gutachten übereinstimmend dahin abgegeben, daß das von der Angeschuldigten gebrauchte Mittel mit ihrer zu frühen Entbindung und mit dem Tode des Kindes in keinem ursächlichen Zusammenhange stehe und daß der Safran in der Beschaffenheit und Menge, worin er genossen wurde, eine fruchtabtreibende Wirkung nicht habe äußern können. Dagegen waren die Gutachten der Gerichtsärzte darin von einander abweichend, daß der hofgerichtliche Medicinal-Referent, entgegen dem Ausspruch der Untergerichtsärzte, den Safran an und für sich und abgesehen von der Beschaffenheit und Menge, worin er in vorliegendem Falle genossen wurde, unter Berufung auf wissenschaftliche Zeugnisse älterer und neuerer Zeit als ein wenigstens relativ wirksames Abortivmittel bezeichnet hat.

Vom Hofgericht des Seekreises wurde am 23. Mai d. J. verfügt, daß wegen Unzulänglichkeit des Beweises des rechtswidrigen Vorsatzes kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei.

Hiergegen ergriff der Staatsanwalt das Rechtsmittel der Beschwerdeführung. Das großh. Oberhofgericht erließ aber am 7. September v. J. nachstehendes Erkenntniß:

In Erwägung, daß die Form des Verbrechens der Fruchtabtreibung nach §. 251 des St.G.B. in der Anwendung von Mitteln besteht, welche eine zu frühe Entbindung oder den Tod der Frucht im Mutterleibe bewirken können; —

In Erwägung, daß es mithin nicht genügen kann, wenn das in einem gegebenen Fall gebrauchte Mittel im Allgemeinen zu den s. g. fruchtabtreibenden Drogen gehört, daß vielmehr dasselbe auch in einer solchen qualitativen und quantitativen Beschaffenheit und einer solchen Anwendungsart gebraucht worden sein muß, wie es erforderlich ist, um jene Wirkung herbeiführen zu können; —

In Erwägung, daß diese Anschauung nicht nur den Worten des Gesetzes, sondern auch in so fern der Absicht des Gesetzgebers allein entspricht, als nach dem weiteren Inhalte des Paragraphen in dem Fall, wo nach der Anwendung solcher Mittel eine Früh- oder Todtgeburt erfolgt, der Causalzusammenhang zwischen diesem Ereigniß und der vorausgegangenen That vermuthet wird, was niemals hätte geschehen können, wenn das Gesetz unter dem Ausdruck: „Mittel, welche ... bewirken können" — auch den Fall begriffen hätte, wo ein zu den s. g. Abortivmitteln zählender Stoff in einer Weise gebraucht wurde, in welcher er niemals die im Gesetz erwähnte Wirkung haben konnte; —

In Erwägung, daß aber auch der §. 253 des St.G.B., welcher sich ausdrücklich auf die Bestimmung des §. 251 bezieht, nur unter der bemerkten Voraussetzung zur Anwendung kommen kann, es daher außer allem Zweifel liegt, daß solcher blos von einem beendigten Versuche im Sinne des §. 107 des St.G.B. handelt, also da keinen Falls Platz greift, wo, wie nach dem Gutachten in vorliegendem Fall feststeht, die Angeschuldigte das abtreibende Mittel in einer Beschaffenheit und Weise gebrauchte, in welcher ihm die im Gesetze bezeichnete Wirksamkeit niemals zukommen kann; —

In Erwägung, daß wenn es bei dem Bestehen eines besondern, dem Versuch des fraglichen Verbrechens gewidmeten Gesetzes, gleichwohl noch zulässig wäre, in dieser Hinsicht auf die allgemeinen Grundsätze des Strafgesetzbuchs zurückzugreifen, damit eine Strafbarkeit der That der Angeschuldigten noch keineswegs begründet werden könnte, weil, wenn sich auch annehmen ließe, daß sie mit dem Einnehmen von zwei Dosen gewöhnlichen Safrans

Digitized by Google

von je 7½ Gran nicht blos, wie sie behauptete, ihre ausgebliebene Menstruation herbeizubringen, sondern wirklich ihre Leibesfrucht abzutreiben beabsichtigte, und dieses Verbrechen durch den Gebrauch dieses Mittels auszuführen angefangen hatte, dieselbe keinenfalls bis zur Beendigung des Versuchs gekommen wäre, da jenes Mittel, wie gesagt, in qualitativer und quantitativer Beziehung durchaus nicht geeignet ist, eine abtreibende Wirkung zu äußern, die Angeschuldigte also ihrerseits keineswegs Alles gethan hat, was zur Vollbringung nöthig war, und weil mithin der Fall des §. 117 des St.G.B. vorläge, wornach durch freiwilliges Aufgeben des Verbrechens der stattgehabte nicht beendigte Versuch wieder straflos wird; —

In Erwägung, daß aber auch selbst die verbrecherische Absicht der Angeschuldigten noch als zweifelhaft erscheint, da dieselbe das Mittel nicht so anwendete, wie sie gehört hätte, daß es fruchtabtreibend wirke, mithin ihre Behauptung, daß sie dasselbe nur gebraucht habe, um ihre verlorene monatliche Reinigung wieder zu erlangen, beziehungsweise zu sehen, ob solche sich wieder einstelle und es daher mit der von ihr unterstellten Schwangerschaft nichts sei, durch ihre That keineswegs widerlegt ist.

Aus diesen Gründen wird die von dem großh. Staatsanwalte gegen die Verfügung des großh. Hofgerichts des Seekreises vom 23. Mai d. J. anher ergriffene Beschwerde als unbegründet verworfen.

Haager.

3.

1) Gegen das Erkenntniß, daß eine Untersuchung wegen Zurücknahme der Anzeige (§. 394. 352 St.G.B.) zu beruhen habe, steht dem Staatsanwalt das Rechtsmittel der Beschwerdeführung nach §. 36 Einf.G. zu.
2) Die Zurücknahme einer Anzeige wegen Familiendiebstahls findet auch zu Gunsten dritter Theilnehmer statt. (§§. 392 bis 394 St.G.B.)

Dem Zieglet Leopold Nößler von Walterdingen kamen von seinem, im Freien gelagerten Holzvorrath in der Nacht vom 13. auf den 14. Februar 1860 ungefähr 3 Klafter, im Werth von etwa 36 fl., weg. Er hatte erfahren, der Sohn des Kreuzwirths von Hilzingen habe Holz abgeführt und schöpfte Verdacht, daß sein eigener Sohn Wilhelm, der von ihm noch Gleichstellungsgeld zu fordern und ihn darum angesprochen hatte, dem Kreuzwirth das Holz verkauft habe und zeigte am 16. Februar den Vorfall zum Zwecke der gerichtlichen Untersuchung „behufs der Bestrafung der Schuldigen mit oder ohne seinen Sohn" — an. Am 1. März erhärtete er seine Angaben eidlich; erklärte, er habe von seinem Sohn unterdessen erfahren, daß dieser dem Kreuzwirth und dem Adolf Bußhart das Holz verkauft habe und fügte bei, daß er aus Rücksicht für seinen Sohn auf dessen strafrechtliche Verfolgung verzichte und daß er die Anzeige, wenn sie nicht schon gemacht wäre, nicht mehr machen würde, auch gegen die Käufer des Holzes nicht, bezüglich deren er dem Gerichte überlasse, ob unter diesen Umständen von weiterer Untersuchung gegen dieselben Umgang zu nehmen sei, oder nicht.

Der großh. Staatsanwalt ertheilte auf Vorlage der Acten die Genehmigung zur Einstellung der Untersuchung hinsichtlich der fremden Theilnehmer nicht, da der Antrag auf Untersuchung und Bestrafung gegen diese vom Bestohlenen gestellt worden sei und eine Zurücknahme der Anzeige in dieser Beziehung nicht stattgefunden habe und zudem wirkungslos wäre; es wurde deßhalb die Untersuchung gegen dieselben fortgeführt.

Das großh. Hofgericht des Seekreises erkannte aber am 26. September 1860, nachdem Kreuzwirth Hägele unterdessen gestorben war, das Verfahren habe nicht nur gegen ihn, sondern auch gegen Johann Hägele und Anna Maria Bußhart geborene Graf, wegen Zurücknahme der Anzeige seitens des Beschädigten auf sich zu beruhen.

Hiergegen zeigte der großh. Staatsanwalt das Rechtsmittel der Beschwerdeführung sogleich an und reichte die Beschwerdeschrift am 2. Oktober ein, an welchem Tage die Acten an ihn abgegangen waren. Er leitete ihre Zulässigkeit aus §. 36 des Einf.G. vom 5. Februar 1851 ab und bestritt die Zulässigkeit der Zurücknahme des Antrags auf gerichtliche Verfolgung.

Das großh. Oberhofgericht erkannte am 20. Dezember 1860, die von dem großh. Staatsanwalt gegen die Verfügung des Hofgerichts des Seekreises vom 26. September 1860 ergriffene Beschwerdeführung sei, unter Ver-

Digitized by Google

fällung der großh. Staatskasse in die deßfallsigen Kosten, als unbegründet zu verwerfen.

Entscheidungsgründe.

Das Strafgesetz bedroht in §. 389 den Familiendiebstahl nur unter der Bedingung, daß der Bestohlene oder das Familienhaupt die Anzeige macht.

Die gemachte Anzeige kann aber nach §. 394 St G.B. zurückgenommen werden, so lange das erste Erkenntniß nicht verkündet ist

Das Erkenntniß des großh. Hofgerichts vom 26. September 1860, womit es ausgesprochen hat, das Verfahren gegen Johann Hägele und Anna M. Bußhart geb. Graf habe wegen Zurücknahme der Anzeige durch den Beschädigten auf sich zu beruhen, verfügt die Einstellung des Verfahrens, weil die That durch das Strafgesetz, nach Rücknahme der Anzeige nicht mehr bedroht sei.

Gegen dieses dem §. 35 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 entsprechende Erkenntniß ist nach §. 36 das von dem großh. Staatsanwalt dagegen ausgeführte Rechtsmittel der Beschwerdeführung zulässig.

Die Begründung dieses Rechtsmittel beruht auf der Ausführung, daß die Rücknahme der Anzeige gegen dritte Theilnehmer an einem Familiendiebstahl nicht gestattet sei. Das Strafgesetzbuch macht in §. 389 die gerichtliche Verfolgung der Familiendiebstähle von der Bedingung abhängig, daß der Bestohlene oder das Familienhaupt dieselben bei Gericht anzeige, und ordnet zum Vollzug dieses Grundsatzes in §. 392 an, daß er auch bei fremden Theilnehmern an einem solchen Diebstahl zur Anwendung komme.

Das Gesetz stellt aber nicht nur den Antrag auf Untersuchung, sondern weiter auch die Zurücknahme derselben in die Willkühr des Beschädigten oder Familienhaupts, und, wie diesem freigestellt ist, ohne Rücksicht auf die betheiligten Personen zu verlangen, daß der Diebstahl untersucht werde, so ist ihm auch freigestellt, dieses Verlangen ganz allgemein und ohne Rücksicht auf die betheiligten Personen zurückzunehmen; doch kann er, wie die Anzeige nur gegen die Dritten richten, §. 393, so auch die Rücknahme der Anzeige auf die Person des Verwandten beschränken.

Letzteres hat Ziegler Rößler nicht gethan, sondern wenn auch nicht mit voller Bestimmtheit, den Antrag auf Untersuchung im Allgemeinen zurückgenommen, doch, offenbar in der Ungewißheit über die Zulässigkeit einer solchen allgemeinen Zurücknahme der Anzeige, seinen Willen deutlich zu erkennen gegeben, daß er die weitere gerichtliche Verfolgung der dritten Theilnehmer nicht wünsche. Die Anzeige gilt also bezüglich das ganzen Falls als zurückgenommen.

Gegen die Zulässigkeit einer Zurücknahme der Anzeige gegen dritte, bei einem Familiendiebstahl Betheiligte, läßt sich daraus nichts ableiten, daß in §. 394 nur die Fälle der §§. 389. 390 (Familiendiebstahl und gemeine Diebstähle an Pflegeltern, Erziehern ꝛc.) erwähnt sind, eben weil nur von den Fällen, nicht aber von der Verschiedenheit der dabei betheiligten Personen die Rede ist; auch ergibt sich aus den Commissionsberichten, daß nur bezüglich der Hausdiebstähle die Zulässigkeit der Zurücknahme der Anzeige ausgeschlossen werden sollte, nicht aber bezüglich der dritten, bei Familiendiebstählen Betheiligten.

Der Regierungsentwurf gestattete nämlich in §. 357 diese Zurücknahme der Anzeige bezüglich aller Fälle, wo Untersuchung und Bestrafung des Diebstahls nur auf Anzeige stattfinde, sonach auch bezüglich der Hausdiebstähle; allein die Commission der zweiten Kammer hielt, wie die Beschränkung der Anzeige auf dritte Theilnehmer in §. 356 des Entwurfs, so auch die Zurücknahme der Anzeige bezüglich der Hausdiebstähle für unangemessen, s. Commissionsbericht (No. 8) erstattet von dem Abgeordneten Bohm, Verhandl. der II. Kammer 1839. VII. Beil.Heft S. 15. und beantragte demzufolge, in der Fassung

a) des §. 356 statt der Hinweisung auf §. 355, welcher auch vom Hausdiebstahl (§. 354) sprach, nur die §§. 352 353 (welche von Familiendiebstahl und gemeinem Diebstahl an Pflegeltern und Erziehern ꝛc. handeln), anzuführen und

b) des §. 357 jene §§. 354. 355 des Entwurfs auszulassen; s. Verhandl. II. Kammer 1839. IV. Beil.-Heft S. 278.

Diese Anträge der Commission wurden von der II. Kammer ohne Erinnerung angenommen;

Verhandlungen II. Kammer 1840. 7. Protokollheft S. 110,

auch die Commission der I. Kammer trat ihnen bei. Commissionsbericht No. 5 vom Geh. Ref. Eichrodt S. 44. und die I. Kammer nahm sie ohne Bemerkung an.

Hiernach spricht weder der Wortlaut noch die Ent-

Digitized by Google

stehungsgeschichte des §. 394 St.G.B. dafür, daß die Rücknahme der Anzeige eines Familiendiebstahls nicht zu Gunsten fremder Theilnehmer wirken könne, sondern aus dem Commissionsberichte für die II. Kammer ist zu ersehen, daß der in dem Entwurf der Regierung ausgesprochenen Absicht, wie bei der Anzeige eines Familiendiebstahls, so auch bei Rücknahme derselben das freie Ermessen des Betheiligten zu beachten, nicht entgegengetreten werden wollte.

Hiernach stellt sich das von dem großh. Staatsanwalt eingeführte Rechtsmittel als unbegründet dar.

Stf.

4.

1) Die Bestimmung des L.R.S. 1657, wonach Fahrnißkäufe durch Versäumung der bedungenen Empfangsfrist kraft Gesetzes zum Vortheil des Verkäufers aufgelöst werden, gilt auch für Handelsgeschäfte.

2) Der Verkäufer kann sich auf diese Vorschrift alsdann nicht berufen, wenn der Käufer zur Empfangnahme bereit war, und diese nicht durch sein Verschulden verspätet wurde.

3) Kann der von dem Gewalthaber mit Ueberschreitung der Vollmacht abgeschlossene Vertrag von dem Gewaltgeber auch dann noch mit Rechtswirkung gegenüber dem anderen Vertragstheile genehmigt werden, wenn dieser Andere schon vorher seinen Willen, vom Vertrage zurückzutreten, kundgegeben hat, und ist der Gegentheil befugt, die Ungültigkeit wegen Abgangs der Vollmacht gegenüber dem Gewaltgeber geltend zu machen?

Die beiden ersten Fragen wurden J. S. des Albert Ruland von Bremen gegen die badische Gesellschaft für Tabaksproduktion und Handel durch Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 8. Mai l. J. und des Oberhofgerichts vom 25. October l. J. übereinstimmend in obiger Weise entschieden.

Die vom Oberhofgerichte kurz bestätigte Anwendbarkeit des L.R.S. 1657 auf Handelsgeschäfte wurde in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen folgendermaßen begründet:

„Das Landrecht muß nothwendig das Handelsrecht ergänzen, da dieß nur ein Zweig des allgemeinen bürgerlichen Rechts ist. Nun spricht L.R.S. 1657 ganz allgemein, ohne Handelssachen auszunehmen, und die Worte „Fahrnisse aller Art" passen auch auf Handelskäufe; das Handelsrecht selbst aber enthält keine abweichenden Vorschriften, mithin muß man den L.R.S. 1657 auf alle Arten von Fahrnißkäufen mit bestimmten Empfangsfristen ausdehnen, wie dieß auch Brauer, Erl. Bd III. S. 540 und Zachariä, fr. C.R. Bd. II. §. 356. Note 2 thun, sowie es auch nach Gilbert, Note 1 zu Art. 1657 in Frankreich von der neueren Praxis angenommen wird. Im gleichen Sinne haben auch die badischen Gerichte stets entschieden. Oberhof. Jahrb. n. F. Bd. V. S. 157. Annalen Bd. VII. S. 97. VIII. S. 151.

Daß dem nicht, wie man oft vorgibt, der Geist des Handelsverkehres entgegensteht, ergibt sich am Besten aus dem Entwurfe des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, welches im Art. 332 ff. der zweiten Lesung ganz ähnliche Bestimmungen enthält."

Diese Frage ist übrigens in Frankreich sehr bestritten, und nicht nur Maleville, Commentar zu Art. 1657 (Bd. I. S. 395 der deutschen Uebersetzung von Blanchard), sondern auch der Hauptgewährsmann im Handelsrechte, Pardessus, C. d. d. c. Bd. I. No. 288 der belgischen Ausgabe erklären den L.R.S. 1657 für unanwendbar auf Handelssachen! In der That hat dieß auch für Frankreich einen sehr triftigen Grund, denn vor „denrées (Lebensmittel)" und „effets mobiliers" war im ursprünglichen Entwurfe des Code Napoleon noch gestanden „marchandises", und dieß veranlaßte in der Sitzung des Staatsraths vom 30. Frimaire des Jahres 12 das Mitglied Bégouen zu der Bemerkung, daß damit die ihm unzulässig scheinende Ausdehnung auf das Handelsrecht gegeben sei, worauf ein anderes Mitglied, Galli, damit einverstanden sich dahin äußerte, daß Art. 1657 auf den Verkauf von effets mobiliers beschränkt werde, nunmehr aber der Consul Cambacérès erklärte, daß jede Zweideutigkeit durch das Sitzungsprotokoll beseitigt werden solle, welches kund geben werde, daß der Artikel auf Handelssachen nicht anwendbar sei. (Discussions du code civil dans le conseil d'état, von

Digitized by Google

Jouanneau und Solon. Paris 1805. Bd. II. S. 475.)[1] Dieß ist freilich ein so deutlicher Ausspruch über den Willen des französischen Gesetzgebers [2], daß uns nur eine ebenso deutliche Beurkundung der entgegengesetzten Ansicht des badischen Gesetzgebers zu der ausdehnenden Auslegung des Satzes 1657 berechtigen kann. Diese findet sich aber auch in der bereits oben angeführten Stelle von Brauer's Erläuterungen, nämlich Bd. III. S. 540, wo Maleville's Meinung bekämpft, die Anwendung des Satzes 1657 auf Handelsgeschäfte aus allgemeinen Gründen bevorwortet und ausdrücklich bemerkt wird, daß deßwegen unser Handelsrecht keine Ausnahme von der Vorschrift des Satzes 1657 ausspreche. Damit ist für Baden der Grund aus den Verhandlungen des französischen Staatsraths vollkommen beseitigt [3], und wird in Berücksichtigung der übrigen Gründe die obige ausdehnende Anwendung des Satzes 1657 gewiß gerecht fertigt erscheinen.

In dem gleichen Rechtsstreite hatte der auf Erfüllung des Kaufvertrages klagende Käufer gegen die Berufung auf L.R.S. 1657 eingewendet, daß nicht er, sondern die beklagte Gesellschaft, an der verzögerten Empfangnahme Schuld sei, indem diese sich verpflichtet gehabt habe, bei der dem Kläger obliegenden Verpackung und Abführung der verkauften Waaren in der Art mitzuwirken, daß sie für des Klägers Rechnung die erforderlichen Packkisten anschaffe, was sie nicht gethan und so jene Verzögerung veranlaßt habe, während Kläger seiner Seits Alles gethan habe, um die Waare rechtzeitig abzuholen. Der Untergerichter nahm an, daß der Kläger den Beweis derartiger Verbindlichkeiten der Beklagten nicht erbracht habe, und wies daher, ohne Berücksichtigung des übrigen Sachverhalts, die Klage auf Grund von L.R.S. 1657 ab. In den beiden oberen Instanzen huldigte man jedoch gleichmäßig einer milderen Ansicht, worüber wir die bezügliche Stelle der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe mittheilen.

„Es hat sich die Behauptung des Klägers, als sei der Kaufvertrag vom 1. Februar 1859 dahin abgeändert worden, daß die Beklagte die zur Verpackung erforderlichen Kisten zu stellen habe, nicht bestätigt, vielmehr geht aus dem vorliegenden Briefwechsel hervor, daß die Beklagte nur aus Gefälligkeit für den Kläger die Anfertigung der Packgefäße auf seine Rechnung zu besorgen, sich anheischig machte. Hat nun aber darnach die beklagte Gesellschaft auch keine eigentliche Verbindlichkeit eingegangen, so ist doch eines Theils so viel gewiß, daß der Kläger zur Empfangnahme des Tabaks sich rechtzeitig eingefunden hatte, und die Beklagte nicht wegen des Mangels an Packgefäßen, sondern aus anderen Gründen dessen Verabfolgung verweigerte, und erhellt anderen Theils aus ihren bei den Akten befindlichen Schreiben, daß dieselbe die zur Verpackung erforderlichen Kisten und Fässer bis zur Lieferungszeit beizuschaffen selbst nicht in der Lage war. Hieraus geht aber hervor, daß der Verzug bezüglich der Empfangnahme der Waare innerhalb der bedungenen Zeit nicht dem Verschulden des Klägers allein beizumessen, sondern jedenfalls zugleich dem Umstand zuzuschreiben ist, daß die von der Beklagten zugesagte Mitwirkung zur Beschaffung der Packgefäße nicht in solcher Weise vollzogen wurde, daß dadurch die rechtzeitige Empfangnahme des ganzen verkauften Tabaksquantums ermöglicht worden wäre. Bei solcher Sachlage kann der L.R.S. 1657 zu Gunsten der Beklagten als Verkäuferin keine Anwendung finden.

Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe schließen nach einer ähnlichen Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse mit dem Satze, daß trotz der ganz unbedingten Fassung des L.R.S. 1657 auch diese Gesetzesstelle dem allgemeinen Grundsatze unterworfen sei, wonach Niemand aus seinem Verschulden Vortheil ziehen darf, und wonach in Verträgen die Billigkeit das höchste Gesetz ist. L.R.S. 1134.

Was die dritte und letzte Frage betrifft, so hätte die beklagte Gesellschaft einredend behauptet, daß der vom Kläger geltend gemachte Kaufvertrag mit beiderseitiger Einwilligung wieder aufgelöst worden sei. Dagegen erwiderte der Kläger, daß diese Auflösungs-Uebereinkunft nicht stattgefunden habe und jedenfalls ungiltig sei, weil nur ein hierzu nicht bevollmächtigter Beamter der beklagten Gesellschaft dabei mit

---

[1] s. auch Locré, la législation de la France T. 14. p. 60. Red.

[2] Troplong, de la vente No. 680 (édition belge) p. 348, 349, läßt sich jedoch durch diesen Ausspruch ebenso wenig binden, als der Cassationshof; in der Note de l'éditeur belge ist dieses jedoch mißbilligt.

vrgl. Zachariä §. 356. Note 2. Bd. II. S. 390. Red.

[3] Kann einer in den Erläuterungen ausgesprochenen Ansicht diese Wirkung beigelegt werden?

s. Stahel, Vorträge über das Civilrecht. §. 25. S. 90. 91. Red.

Digitized by Google

ihm unterhandelt habe, was die Beklagte theils durch Behauptung der Vollmacht, theils damit bekämpfte, daß der Kläger nach L.R.S. 60 kein Recht habe, diese Ungiltigkeit für sich zu benützen, und daß sie die Handlung ihres Beamten durch den Vortrag der darauf gebauten Einrede genehmigt habe. Diese Genehmigung wollte aber der Kläger deßhalb nicht gelten lassen, weil sie wegen seiner Klage zu spät erfolgt sei.

Das Hofgericht, welches den Beweis der Vollmacht des Beamten als mißlungen ansah, verwarf die Einrede der Wiederauflösung des Vertrages, indem es die Genehmigung unter Berufung auf Troplong, du mandat. No. 620, des hypoth. No. 495. 496, wegen Dazwischenkunft der Klage auf Vertragserfüllung als verspätet und deßhalb unwirksam erklärte, und indem es dem Kläger das Recht, die Ungiltigkeit wegen mangelnder Vollmacht geltend zu machen, um deßwillen einräumte, weil es sich nicht um eine Nichtigkeit im Sinne von L.R.S. 60, sondern um den Grundsatz handle, daß aus Verträgen unter Dritten in der Regel keine Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, mithin die ohne Vollmacht abgeschlossene Auflösungs-Uebereinkunft nach jeder Seite hin unverbindlich sei.

Während demnach das Hofgericht dem Klagbegehren entsprach, erkannte der oberste Gerichtshof abändernd auf einen Erfüllungseid, welchen der betreffende Beamte der beklagten Gesellschaft über die Auflösungs-Uebereinkunft zu leisten hat. In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen wird zunächst dargethan, daß hinreichender Beweis zur Auflage des Nothcides erbracht sei und sodann fortgefahren:

„Bei dieser Sachlage und in Betracht, daß die Wiederauflösung des Kaufvertrages als eine dem Kläger und dem genannten Vertreter der Beklagten gemeinschaftliche Thatsache erscheint, sowie nach Ansicht der §. 588. 566 Pr.O. war zur Vervollständigung des Beweises derselben auf einen von diesem Vertreter der beklagten Gesellschaft auszuschwörenden Erfüllungseid zu erkennen."

Sodann wird ausgeführt, daß der fragliche Beamte wenigstens einen muthmaßlichen Auftrag zum Abschluß jener Auflösungs-Uebereinkunft gehabt, und die Beklagte durch verschiedene, der Uebereinkunft nachfolgende Handlungen ihre Zufriedenheit mit denselben zu erkennen gegeben habe, nämlich durch ihr Benehmen vor der Klageerhebung und dadurch, daß sie sogleich, als der Zeitpunkt zur Bekämpfung der klägerischen Ansprüche auf Vollzug des Kaufvertrages gekommen war, nämlich bei der gerichtlichen Geltendmachung jener Ansprüche, eine Einrede aus jener Uebereinkunft ableitete. Darauf heißt es weiter:

„In diesen Handlungen der Beklagten liegt aber eine Genehmigung des in Frage stehenden Uebereinkommens, welche bis auf die Zeit seines Abschlusses zurückwirkt und einen speziellen Auftrag ersetzt.

Hiernach und abgesehen von der Frage, ob Kläger überhaupt berechtigt wäre, den Mangel des Auftrages seiner Seits geltend zu machen — stellt sich die Replik der fehlenden Ermächtigung als verwerflich dar."

Da demnach der oberste Gerichtshof durch Annahme von muthmaßlichem Auftrage und von Genehmigungshandlungen vor der Klagerhebung sich auf einem anderen thatsächlichen Standpunkte befindet, so hat derselbe unsere Frage nicht bestimmt entschieden, scheint sich aber doch mehr zu deren Verneinung hinzuneigen. Bei der Wichtigkeit jener Frage wird eine eingehende Besprechung derselben gerechtfertigt sein.

Als Ausfluß einer eben so alten, als natürlichen Rechtswahrheit bestimmt das Landrecht in Satz 1165, daß Verträge nur unter denen, die sie schließen, ihren Wirkungskreis haben, einem Dritten aber keinen Nachtheil bringen und ihm auch nicht nützen, außer in dem Falle des Satzes 1121. Weil der Gewalthaber den Gewaltgeber nur soweit vertritt, als seine Vollmacht reicht, im Uebrigen aber als Dritter erscheint, so ist es nur eine Folgerung jenes Grundsatzes, wenn L.R.S. 1998 sagt, daß der Gewaltgeber für das nicht haftet, was über die Schranken der Vollmacht hinausgeschieht. Wenn aber der Gewaltgeber eine solche für ihn unverbindliche Handlung des Gewalthabers nachträglich genehmigt, so muß er nach der Schlußbestimmung des L.R.S. 1998 auch dafür haften, weil er ihn dadurch zu seinem Vertreter erklärt hat. Da der Verbindlichkeit nothwendig das Recht entspricht, so erwirbt durch die Genehmigung der Gewaltgeber die aus der betreffenden Handlung abfließenden Rechte. Diese Wirkungen der Genehmigung sind eine Ausnahme von dem Grundsatze des L.R.S. 1165, welche sich übrigens leicht erklärt. Hatte nämlich das Bedürfniß des Lebens dazu geführt, die dem starr folgerichtigen, altrömischen Rechte *) überhaupt un-

*) Im Leben ward diese Strenge durch die Personeneinheit zwischen Vater und Sohn, sowie durch das Institut der Sklaverei gemildert. D. Eins.

Digitized by Google

bekannte, vertragsmäßige Vertretung durch Dritte zuzulassen, so lag der Gedanke nahe, daß es dem Wesen nach einerlei sei, ob Jemand vor der Handlung durch Auftrag, oder nach derselben durch Genehmigung den Handelnden zu seinem Vertreter erkläre; namentlich war dieß einleuchtend, wenn man, wie auch unser Landrecht thut, den Gesichtspunkt zunächst in's Auge faßt, daß der Gewaltgeber verpflichtet wird.

Demnach scheint mir festzustehen, daß vor ertheilter Genehmigung die ohne Vollmacht vorgenommene Handlung des Gewalthabers für den Gewaltgeber als Sache unter Dritten weder Rechte noch Verbindlichkeiten erzeugt; eben deßhalb muß aber auch, sofern nicht der Ausnahmefall von L.R.S. 1121 vorliegt, für den dritten Contrahenten eine solche Handlung gegenüber dem Gewaltgeber wirkungslos sein, und ist dieß richtig, so muß ihm auch die Möglichkeit gegeben sein, dem sonderbaren Stande der Dinge ein Ende zu machen, wonach ein Vertrag besteht [5]), der zwar zur Zeit keine Folgen hat, aber durch Ertheilung der Genehmigung des Gewaltgebers rechtsverbindlich werden kann. Sonst würde der dritte Contrahent während der ganzen, langen Verjährungszeit an den Vertrag gebunden sein, während der Gewaltgeber ganz frei bliebe und abwarten dürfte, ob ihm etwa vielleicht unter ganz veränderten Verhältnissen beliebt, von den Vertrage durch Ertheilung der Genehmigung Gebrauch zu machen.

Hat sich der dritte Contrahent ausdrücklich, oder auch nur stillschweigend dadurch, daß er wissentlich mit dem Nichtgewalthaber den Vertrag abschloß, verpflichtet, die Genehmigung des Gewaltgebers abzuwarten [6]), so muß er sich diese Ungewißheit als Folge seiner eigenen Handlung gefallen lassen. War ihm aber der Mangel der Vollmacht unbekannt, so würde es meines Erachtens gegen alle Billigkeit und gegen den Grundsatz der Gleichheit der Parteienrechte verstoßen, wenn man ihm die Befugniß versagen wollte, seine ohnehin fehlerhafte Einwilligung zurückzuziehen; es ist gerade so, wie wenn er dem Gewaltgeber durch den Gewalthaber ein Anerbieten gemacht hätte, und wie er dieß vor erfolgter Annahme zurücknehmen darf, so steht es ihm auch frei, vor erfolgter Genehmigung den Vertrag zu widerrufen. Daß in einem solchen Falle gemäß L.R.S. 1997 der Gewalthaber dem dritten Contrahenten haftet, scheint mir meine Ansicht nicht zu widerlegen, weil diese Sicherheit von den Vermögensumständen des Gewalthabers abhängt. Allerdings kann man mir entgegenhalten, daß es Sache des Contrahenten sei, sich über die Vollmacht des Gewalthabers zu verlässigen, und daß er, wenn er dieß unterlasse, eben die Folgen seiner Unvorsichtigkeit tragen müsse; allein es widerspräche dieß dem Leben, da oft der Umfang einer Vollmacht ungewiß und die Erkundigung danach unthunlich ist. Auch der unzweifelhaft richtige Satz, daß die Genehmigung auf den Tag des Vertragsabschlusses zurückwirkt, dürfte nicht entgegenstehen: denn dieser Satz erleidet die nothwendige Beschränkung, daß die Genehmigung nur bei unverändertem Stande der Dinge und nicht zum Nachtheile Dritter zuläßig ist.[7]) Troplong, du mandat. No. 620 bestätigt dieß und führt als Beispiel folgenden Fall an: Peter nimmt [8]) für Paul ohne dessen Vollmacht [9]) eine Versicherung; das Unglück tritt ein, und die Versicherer wenden die Nichtigkeit der Versicherung ein, weil sie ohne Auftrag genommen wurde; alsdann kann die Genehmigung des Paul nicht zum Nachtheile der Versicherer die ursprünglichen Mängel des Vertrages heilen. Paul hätte sollen zu gehöriger Zeit und rebus integris genehmigen.[10]) Er kann es nicht mehr, nachdem die Dritten ein Recht auf die Ungiltigkeit erworben haben.

Eine solche Veränderung der Sachlage liegt aber auch dann vor, wenn der dritte Contrahent, sofern es ihm nach dem Obigen zusteht, seine Einwilligung zurückgezogen

---

[5]) Vor Ertheilung der gegentheiligen Zusage, hier der Genehmigung, ist der Vertrag noch nicht zum Abschluß gekommen; die vorerst noch einseitige Zusage des einen Theils kann daher, weil sie noch nicht angenommen ist, zurückgenommen werden.

Red.

[6]) Auch in diesem Fall wird er seine einseitige Zusage vor erfolgter Annahme zurücknehmen können!

Red.

[7]) s. Puchta Pandekten §. 51. Note c. S. 78. 79.

Red.

[8]) Aus angeblichem Auftrag!

Red.

[9]) Wenn er diese nicht erwähnt, so handelt er als Geschäftsführer!

Red.

[10]) Die Genehmigung war zu ertheilen, bevor die entscheidende Thatsache sich ereignete. Wenn bei dem Eintritt dieser Thatsache der Vertrag noch nicht zum Abschluß gekommen war, so kann er nachher nicht gegen den Willen des Vertragsgegners durch das Belieben des Gewaltgebers noch für jenen bindend gemacht werden.

Red.

Digitized by Google

hat, denn dann ist nichts mehr da, was genehmigt werden kann.

Daß der Gewaltgeber vor dem Auftreten des dritten Contrahenten keinen Anlaß hätte, sich über die Genehmigung auszusprechen, daß er also im oben erwähnten Rechtsstreite nach der Klage auf Vertragserfüllung noch rechtzeitig im Wege der Einrede seine Genehmigung ertheilen konnte, läßt sich gewiß nicht sagen; denn der Gewalthaber muß und wird den Gewaltgeber alsbald von dem ohne Vollmacht abgeschlossenen Geschäfte benachrichtigen, und dieser hat sich alsdann über seine Genehmigung auszusprechen. Uebrigens macht, wie mir scheint, der dritte Contrahent nur von seinem guten Rechte Gebrauch, wenn er, ohne die Maßnahmen des Gewaltgebers abzuwarten, alsbald nach Entdeckung seines Irrthumes über die Vollmacht seine Einwilligung widerruft; denn er hat keine Pflicht, dessen Erklärung abzuwarten, und es käme daher nicht einmal darauf an, ob Jener überhaupt Anlaß oder Gelegenheit und Zeit hatte, sich über die Genehmigung zu äußern.

Was endlich die Frage betrifft, ob der dritte Contrahent befugt ist, den Mangel des Auftrages seiner Seits geltend zu machen, so sieht man aus der oben angeführten Stelle von Troplong, daß ihm dieß Recht unbedenklich beigelegt wird, und ich kann keinen Grund einsehen, weßhalb man es ihm versagen könnte. Von einer eigentlichen Nichtigkeit ist hier keine Rede (Stabel, Vorträge S. 198) und am allerwenigsten von einer relativen Nichtigkeit des L.R.S. 60, welche Gesetzesstelle nur die Regel des L.R.S. 1125 generalisirt. Man denke sich den Fall, daß der Gewalthaber oder ein Cessionar aus dem ohne Vollmacht abgeschlossenen Vertrage vor ertheilter Genehmigung klagen würde, und man wird gewiß zugeben, daß der dritte Contrahent sich alsdann auf den Mangel der Vollmacht berufen dürfte. Ebensogut kann er aber auch dem Gewaltgeber entgegenhalten, daß der Vertrag wegen fehlender Vollmacht eine Sache unter Dritten sei, und er seine Einwilligung zurückgezogen habe, ehe die Genehmigung erfolgte. Gefährde läßt sich aber dem dritten Contrahenten nicht vorwerfen, wenn er, wie ich meine Ansicht beschränkt habe, bei Abschluß des Geschäftes den Mangel der Vollmacht nicht kannte. Mit dieser Beschränkung glaube ich daher, die dritte Frage in ihren beiden Theilen bejahen zu müssen. Dr. Puchelt.

5.

Unterdrückung von Urkunden durch Abläugnung des Besitzes.

§. 459 des St.G.B.

Das in No. 89 unter Ziff. 173 des 26 Bandes der Annalen S. 374. 375 mitgetheilte Urtheil des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 6. August 1860 wurde vom großh. Oberhofgerichte am 19. Oktober 1860 bestätigt mit der Modifikation, daß die erkannte Amtsgefängnißstrafe von 4 Wochen auf eine solche von 14 Tagen herabzusetzen sei. Ueber den Thatbestand ist im Eingang der Entscheidungsgründen ausgeführt:

„Die Rekursbeschwerde bestreitet, daß die dem Angeschuldigten R. zur Last gelegte Handlung den Thatbestand einer Urkundenunterdrückung enthalte, jedoch mit Unrecht.

„Die in Frage stehenden Urkunden waren Eigenthum der Franziska H. und dem Inhalte nach geeignet, ihr, beziehungsweise ihrem Kinde, wenn auch nicht in dem anhängigen Alimentationsprozesse dem Sieg zu verschaffen, doch ein wesentliches Beweismittel in einem gegen R. einzuleitenden Vaterschaftsprozeß abzugeben. Hat nun R. — wie durch das Ergebniß der Untersuchung, insbesondere durch sein Geständniß hergestellt ist, — den durch ein Versehen des Gerichts erlangten Besitz dieser Urkunden bei deren Rückforderung abgeläugnet und zwar in der Absicht, der Eigenthümerin der Urkunden, beziehungsweise ihrem Kinde ein Beweismittel zu entziehen, ihr also zu schaden und sich einen Vortheil zu verschaffen, so liegt der Thatbestand einer Urkundenunterdrückung vor.

§. 459 vergl. mit §. 450 des St.G.B.

§. 749. Ziff 1 der bürgerlichen Pr.O. sowie arg. 407. Ziff 1 des St.G.B.

Motive und Commissionsberichte II. Kammer von Aichbach (No. 9) zu §. 417 des Entwurfs eines St.G.B. (S. 146 resp. S. 32.)

Stf.

Redakteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 3.

6.

Das Holzfällen, das Liegenlassen des aufgeklafterten Holzes in einem Walde und das schließliche Wegführen desselben sind Besitzhandlungen, welche zur Begründung einer Besitzstörungsklage geeignet sind. §. 714 Pr.O.

In Sachen der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg gegen die Gemeinde Oberlenzkirch, Besitzstörung betreffend, wurde vom Richter erster Instanz die Klägerin mit ihrer Besitzklage abgewiesen, in den beiden obern Instanzen aber dem Klagbegehren auf Schutz im gestörten Besitz und auf Schadenersatz entsprochen.

In den Entscheidungsgründen zum Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 2. Oktober d. J. ist gesagt:

In der Gemarkung Oberlenzkirch befindet sich ein mit Wald bewachsenes Stück Oedung, welches, 5 Jauchert 1 Viertel 51 Ruthen groß, nördlich von dem herrschaftlichen Wiesenfeld „Herrenschwand" und südlich von dem gleichfalls herrschaftlichen Wald „Schwendestutz" begränzt ist, und nach den Namen dieser anstoßenden Grundstücke benannt zu werden pflegt.

In dieser Oedung oder nunmehrigen Waldung hat die Gemeinde Oberlenzkirch am 18. November und 11. Dezember 1858 im Ganzen 14 Stück Saamenbäume im Werthe von 130 fl. 36 kr. für ihre Rechnung fällen lassen, und — als diese Sache am 17. März v. J. zur Untersuchung kam — ihre Berechtigung zu jener Handlung vorgeschützt. In Folge dessen wurde gegen sie von der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg, welche den Eigenthumsbesitz an jenem Grundstück für sich beansprucht, am 24. März 1859 eine Klage wegen Störung in diesem Besitz erhoben, womit diese in zweiter Instanz obsiegte. Gegen dieses Erkenntniß beschwert sich nun die beklagte Gemeinde im Wege der Oberappellation, es ist jedoch deren Beschwerde nicht begründet.

Die Streitfrage, um die es sich nach dem Inhalt der Verhandlungen hier allein handeln kann, besteht in der Frage, ob die Klägerin ihren Besitz in der — §. 714 No. 1 der Pr.O. — bezeichneten Weise begründet und bewiesen habe. In dieser Hinsicht hat nun die Klägerin vorgetragen:

a) in der übergebenen Klagschrift selbst:
daß sie im Juni 1857 — 9¼ Klafter Brennholz auf ihre Kosten habe „ausbereiten," solche seitdem durch ihre Forstbediensteten hüten und schließlich habe abführen lassen —

b) in dem Nachtrag zur Klage vom 18. April 1859:
daß zu der „Holzfällung" im „Juli" 1857 der Umstand komme, daß sie das gefällte Holz ein ganzes Jahr lang „im Walde" habe liegen und hüten, und erst im November 1858 habe abführen lassen.

Wenn nun auch bei diesem Vorbringen nicht ausdrücklich bemerkt wurde, daß die angeführten Handlungen auf der strittigen Waldfläche vorgenommen worden seien, so muß diese Behauptung gleichwohl unterstellt werden, da die Klägerin durch die Anführung jener Handlungen ja gerade ihren Besitz an dem fraglichen Walde darzulegen suchte, also jenes Vorbringen ohne diese Annahme alle vernünftige Haltung verlieren würde. Die Beklagte hat auch in dieser Hinsicht in ihrer Vernehmlassung auf die Klage nichts erinnert, vielmehr ausdrücklich zugegeben:

ad a) daß die Klägerin im Juni 1857 im fraglichen Walde 9¼ Klafter Brennholz auf ihre Kosten habe ausbereiten und schließlich abführen lassen — und

ad b) daß dieselbe das im Juni 1857 gefällte Holz ein ganzes Jahr „im Walde" liegen gelassen und erst im November 1858 abgeführt habe.

Hätte die Beklagte bei dem zuletzt bemerkten Zugeständniß eine Lagerung resp. Abführung in einem andern als dem fraglichen Walddistrikt im Auge gehabt, so würde sie dies sicherlich bemerkt und aus diesem, und keineswegs blos aus dem Grunde, weil das Liegenlassen von Holz nur in einem „Nichtthun" bestehe, die Relevanz dieser Thatsache beanstandet haben.

Aus diesem Grunde ist denn auch als zugestanden zu betrachten, daß das im Juni 1857 in dem strittigen

Digitized by Google

Walde geschlagenes Holz bis zu seiner Abfuhr mithin noch lange über den 18. November 1857 hinaus in eben diesem Walde gelagert war, und es kann also diesem abgelegten und nirgends widerrufenen Geständnisse gegenüber die Beklagte nicht mehr, wie sie es in der Oberappellationsbeschwerde zu thun versuchte, geltend machen, daß das fragliche Holz nicht auf der strittigen Waldfläche liegen geblieben, vielmehr außerhalb derselben aufgemacht und bis zur Abfuhr liegen gelassen worden sei; übrigens steht dieser Bemerkung auch noch der Umstand entgegen, daß die in erster Instanz vernommenen Holzhauer, welche das fragliche Holz „auffetzten" ausdrücklich den strittigen Wald als denjenigen Platz bezeichneten, wo dieses geschehen sei, wenigstens deren Angabe in diesem Sinne aufgefaßt werden muß. Daß aber nicht allein das im Juni 1857 geschehene Holzfällen, sondern auch das Liegenlassen des auf der strittigen Waldfläche aufgeklafterten Holzes während mehr als einem Jahre, und das schließliche Wegführen desselben wirklich im Sinne des allegirten §. 714 der Pr.O. von Erheblichkeit war, und insofern die diesfalls gemachte, schon oben erwähnte Einwendung der Beklagten keinen Halt hat, kann mit Grund nicht bezweifelt werden, da fürs Erste eine derartige Benützung schon an sich als Ausübung eines Eigenthumsrechts am Walde gelten muß, weil damit der Holznachwuchs an der betreffenden Stelle des Waldes über die Gebühr verhindert wird, daher auch das Forstgesetz eine in ihrer Zeit unbeschränkte Holzlagerung im Walde nur dem Privateigenthümer gestattet;

Forstgesetz vom 15. November 1833 und Gesetz vom 27. April 1854. §§. 28. 87. 88,

da zum Andern jene Gebrauchsart, welche ihrer eigenthümlichen Natur nach durch sich selbst fortwirkt, nicht allein einem fortgesetzten Handeln völlig gleichkömmt, sondern auch gerade deßhalb ganz besonders geeignet ist, als Beurkundung des Besitzes zu dienen, weil dieselbe in jedem Augenblicke ihrer Dauer von der beklagten Gemeinde wahrzunehmen war, mithin deren passives Verhalten um so unzweifelhafter als eine freiwillige Duldung betrachtet werden kann.

Hgr.

7.

Ueber Entschädigungsansprüche für Zwangsabtretung zum Eisenbahnbau nach dem Expropriationsgesetz vom 28. August 1835 (Regierungsbl. No. 42 S. 271 ff.)

Vrgl. das Ges. vom 29. März 1838 (Reggsbl. No. 14. S. 123—126.)
Jahrb. für bad. Recht. Ziff. V. S. 76—79.
Magazin, Bd. III. S. 440. Ziff. 17.

1) Unter den „Durchschnittspreisen der letzten 6 Jahre" (§. 24 des Expropriationsgesetzes) sind nur die vor der Expropriation erzielten Verkaufspreise, nicht aber auch die im Laufe der Expropriation bezahlten Expropriationspreise zu verstehen.

2) Nach §. 25 des Gesetzes dürfen nicht Pläne, Hoffnungen und Erwartungen, sondern nur solche Vortheile in Anschlag gebracht werden, welche das abzutretende Gut in Wirklichkeit schon gewährt.

3) Bei Abschätzung des Minderwerths einer nur zum Theil abzutretenden Liegenschaft ist diese nur als das zu beachten, als was sie sich wirklich darstellt, nicht als das, wozu der Eigenthümer sie etwa umzugestalten vorhatte.

4) Auf einen vor der Erhebung des Gutachtens nicht zur Sprache gebrachten Entwerthungsgrund kann nach Erhebung desselben keine Rücksicht mehr genommen werden.

§. 29. 53 des Gesetzes.
§§. 483. 484. 490. 495 der Pr.O.

Das Urtheil des großh. Hofgerichts vom 30. Mai 1860, dessen Begründung unter Ziff. 171 (Blatt 86 und 87 S. 364—366) des XXVI. Bands der Annalen mitgetheilt ist, hatte die Bestätigung des Urtheils des großh. Amtsgerichts Heidelberg vom 16. Januar 1860 ausgesprochen, welches

In Sachen
der großh. Eisenbahnbauverwaltung in Karlsruhe, vertreten durch die großh. Oberdirektion des Wasser- und Straßenbaues, Klägerin,
gegen
die Conditor M. C. Krall'schen Eheleute in Heidelberg, Beklagte,
Eigenthumsabtretung betr.

besagte:

„Die beklagten Eheleute seien schuldig, ihr zur

Eisenbahnanlage nach dem Planauszuge erforderliches Gebäude von 18 Ruthen 42 Fuß nebst dem nördlichen Abschnitte desselben von 2 Ruthen 34 Fuß an die klagende Eisenbahnbauverwaltung gegen die Summe von 1600 fl. und gegen die Verpflichtung der letzteren, eine Durchfahrt durch den Eisenbahndamm in der Höhe von 9½ Fuß und der Breite von 10 Fuß beim Baue derselben herzurichten, zu Eigenthum abzutreten.

Die Kosten des Verfahrens fallen den Beklagten zu, mit Ausnahme der Klage und des derselben beiliegenden Gemeinderathszeugnisses."

Die Beklagten, Appellanten, Conditor Krall'schen Eheleute in Heidelberg, ergriffen gegen das hofgerichtliche Urtheil das Rechtsmittel der Oberberufung, beschwerten sich aber in ihrer Oberappellationsrechtfertigung nur noch deßhalb, weil in den vorderinstanzlichen Urtheilen die Entschädigung für das von ihnen im Expropriationsweg zum Eisenbahnbau in Heidelberg abzutretende Gelände von 20,76 Ruthen statt zu 4000 fl. nur auf die Summe von 1600 fl. festgesetzt worden war. Zur Begründung dieser Beschwerde beanstandeten dieselben in ihrer Oberberufungsschrift das unterrichterliche Verfahren bezüglich der Erhebung der Schätzung, insbesondere die durch untergerichtlichen Zwischenbescheid vom 21. November 1859 erfolgte Ernennung des Architekten Lang von Baden an die Stelle des vorher als Schätzer bestellten, von klägerischer Seite aber abgelehnten, Rentamtmanns Weng in Heidelberg, sodann die den Schätzern ertheilte Instruktion.

Allein beide Beschwerden wurden von großh. Oberhofgericht in den Gründen zu seinem bestätigenden Urtheil vom 20. November 1860 für nicht begründet erklärt.

Diese

Entscheidungsgründe

lauten:

Was zuvörderst die Aufstellung des Architekten Lang als Schätzer anbelangt, so erscheint die deßfalls erhobene Beschwerde offenbar als unstatthaft, und zwar — ganz abgesehen von der besondern Bestimmung des §. 61 des Expropriationsgesetzes — schon aus dem Grunde, weil in zweiter Instanz eine Beschwerde gegen das erwähnte Zwischenerkenntniß gemäß der §§. 1121. 1124. 1163 No. 3 der Pr.O. gar nicht ausgeführt wurde, mithin weder dort, noch vielweniger aber in der gegenwärtigen Instanz über jenen Punkt eine Prüfung oder Entscheidung eintreten durfte.

Aber auch die, hinsichtlich der Instruktion der Schätzer erhobenen, Anstände sind durchweg ohne allen rechtlichen Belang, wie sich aus folgenden Bemerkungen zu den einzelnen Einwendungen ergibt:

1) der erste der in dieser Hinsicht gemachten Einwände wurde von den Beklagten deßhalb erhoben, weil ihr Antrag, bei der Schätzung auch die, von der Bahnbauverwaltung selbst für andere zum Eisenbahnbau abgetretene Grundstücke bezahlten, Entschädigungssummen zu Grund zu legen, in erster und zweiter Instanz zurückgewiesen worden sei. Nach dem Inhalt der Verhandlungen kann sich diese Beschwerde — da von Anträgen der Beklagten in dieser Beziehung nirgends etwas zu finden ist, nur auf die in den Instruktionen vom 15. resp. 17. Dezember enthaltenen, bei den erstinstanzlichen Verhandlungen durchaus nicht beanstandeten Bemerkungen beziehen, daß „die durch das Expropriationsverfahren selbst erzielten Preise gänzlich außer Berücksichtigung zu lassen, resp. daß die hiebei im Wege der gütlichen Vereinbarung bewilligten Entschädigungen" nicht als solche besondere Umstände, worauf sich der Schluß des §. 24 des Gesetzes beziehe, zu betrachten seien. Wenn nun auch die eigentliche Veranlassung zu diesen besonderen Bemerkungen aus den vorliegenden Verhandlungen nicht zu entnehmen ist, so waren solche gleichwohl, sowohl aus dem vom großh. Hofgerichte angenommenen Grunde, als auch deßhalb sachlich ganz wohl begründet, weil der §. 24 des Expropriationsgesetzes, indem er als Grundlage oder als Anhalt für die Abschätzung denjenigen Werth bezeichnet, den die Liegenschaft im Falle ihrer Veräußerung nach den Durchschnittspreisen der sechs letzten Jahre haben würde — offenbar nur die während dieser Zeit erzielten Verkaufspreise, keineswegs aber die in Folge des Unternehmens, welches die Abtretung der Liegenschaft nöthig macht, bezahlten Expropriationspreise im Auge hatte, welches anzunehmen um so mehr Grund vorliegt, als bei letztern Preisen nach §. 25 des Gesetzes nicht allein der nach §. 24 zu ermittelnde allgemeine Werth der Liegenschaft, sondern auch noch der Vortheil, welchen dieselbe dem Inhaber nach seinen Gewerbs- und andern Verhältnissen sonst noch gewähret, in Anschlag gebracht und, überdieß nach §. 29 und 32 bei theilweisen Abtretungen der Nach-

Digitized by Google

theil, welchen die neue Anlage dem übrig bleibenden Theile bringt, und die Werthverminderung, die in Folge der Verkleinerung oder Zerstückelung dieses Restes eintritt, vergütet, also auch bei gütlicher Vereinbarung berücksichtigt werden muß, wonach außer allem Zweifel liegt, daß zwischen Verkaufs- und Expropriationspreis ein sehr wesentlicher, und zwar ein solcher Unterschied besteht, welcher es geradezu als unzulässig erscheinen läßt, die Expropriationspreise schon bei der Bestimmung des allgemeinen oder Verkaufswerths (§. 24 und 25) in Betracht zu ziehen. War aber diesem nach die Bemerkung in der Instruction an und für sich begründet, so war deren Aufnahme in dieselbe auch zulässig, da es Pflicht des Richters ist, dafür zu sorgen, daß die Sachverständigen im richtig verstandenen Sinne des Gesetzes ihre Abschätzung vornehmen. Daß die Bemerkung nicht überflüssig war, zeigt nichts besser, als gerade die diesfalls von den Beklagten gemachte Einwendung; —

2) der zweite, gegen die Instruction erhobene Anstand beruht darauf, daß die „Aussicht" der Beklagten, im Fall einer Ueberbauung des Grundstücks noch circa 8—9′ städtisches Geländ (von dem dort vorüberführenden Wege) dazu zu erhalten, den Schätzern nicht besonders zur Berücksichtigung bezeichnet wurde. Diese Beanstandung hat deßhalb keinen Grund, weil weder dasjenige, was die Verhandlung über diesen Punkt ergab, noch sonst das Gesetz zu einer derartigen Anweisung der Schätzer das Recht gab. Hiezu hätte sich etwa noch ein Grund finden lassen, wenn die Beklagten schon vor der Bestimmung des Grundstücks zur Abtretung — von der Stadtgemeinde bereits die bindende Zusage erlangt gehabt hätten, daß die Baulinie in jener Gegend niemals wieder aufgehoben oder verändert und daß ihnen für den Fall der Verwendung ihres Grundstücks als Bauplatz der bis zur Baulinie noch fehlende Theil des fraglichen Wegs zu einem gewissen Preise überlassen werde, oder mit andern Worten, wenn wirklich eine Berechtigung der Beklagten in dieser Hinsicht bestanden hätte. Dies vermochten jedoch die Beklagten nicht zu behaupten. Dieselben haben zwar in erster und zweiter Instanz geltend gemacht, daß sie das Recht, über ihr Besitzthum hinaus und bis an die über jenen Weg hinziehende Baulinie zu bauen, erworben haben; — allein es wurde diese ohnehin mit nichts begründete Behauptung in gegenwärtiger Instanz nicht weiter festgehalten, sondern hier nur noch von einem Vortheil gesprochen, den eben die Lage des Grundstücks mit sich bringt und der den Verkaufspreis desselben bedeutend erhöhen müsse. Daß aber dieser sog. Vortheil selbst oder diese Aussicht, wie Beklagte denselben auch nannten, hier niemals in Betracht kommen kann, ergibt sich — abgesehen davon, daß zufolge der Abtretung des fraglichen Theils des städtischen Weges zum Eisenbahnbau von einer Realisirung jener ohnehin äußerst precären Hoffnung gar keine Rede mehr sein kann, — ganz unzweifelhaft aus der Bestimmung des §. 25 des Gesetzes, insofern hiernach nur solche Vortheile in Anschlag gebracht werden sollen, welche das abzutretende Gut dem Inhaber zur Zeit der Abtretung wirklich gewährt, dieses aber von jener bloßen und auf jeden Fall noch von manchen Bedingungen abhängenden Aussicht niemals gesagt werden kann. Der Unterrichter hat übrigens den Schätzern die Erwägung freigestellt, ob das Besitzthum der Beklagten als ein Bauplatz zu betrachten sei. Damit ist jedenfalls schon mehr zu Gunsten der Beklagten geschehen, als diese nach den vorliegenden Verhältnissen beanspruchen konnten, da das theilweis abzutretende Grundstück sowohl zur Zeit der Bestimmung desselben zur Abtretung als auch bei der gerichtlichen Besichtigung sich nur als einen Garten darstellte, auch keinerlei Merkmale aufwies, welche die Ansicht hätten begründen können, daß es damals bereits zur Ueberbauung bestimmt war, da ferner noch keine Bauerlaubniß bei der betreffenden Behörde nachgesucht oder erwirkt war, da endlich dasselbe nach der eigenen Darstellung der Beklagten nicht einmal an der Baulinie lag, sondern erst dann daran gekommen wäre, wenn noch die Stadtgemeinde ein Stück des Weges dazu gegeben hätte — wozu aber alle Aussicht abgeschnitten war. Hat nun aber der Unterrichter dadurch, daß er gleichwohl das Grundstück als Bauplatz abschätzen ließ, schon mehr gethan, als die Beklagten nur verlangen konnten, so kann davon keine Rede sein, daß nun noch ein Schritt weiter geschehen und auch der hier besprochene Punkt in Anschlag gebracht werden müsse. Ja man könnte sogar, oder weit eher, sagen, daß die Schätzer — eben weil sie das Grundstück als einen Bauplatz abschätzten — bereits davon ausgegangen sein müssen, daß die Beklagten das diesfalls noch erforderliche Terrain von der Stadtgemeinde entweder schon bedingt erhalten hatten, oder doch leicht erhalten konnten.

3) Eine fernere Beanstandung der Instruction bezieht sich auf die Frage hinsichtlich des Minderwerths des den

Digitized by Google

Beklagten verbleibenden Restes ihres Grundstücks. In dieser Beziehung bestimmt das Gesetz (§. 32), daß derjenige, welcher von einem Grundstück einen Theil abzutreten hat, außer dem Werth der abzutretenden Fläche (§. 24 und 25) und außer dem Betrag, um welchen der übrig bleibende Theil etwa in Folge der neuen Anlage minder werth wird (§. 29), auch für dasjenige Vergütung verlangen kann, um was der übrig bleibende Theil duech seine eigene Verkleinerung oder Zerstückelung für den Inhaber an seinem Werthe verliert. Den Schätzern wuede vom Unterrichter bemerklich gemacht, daß sie bei der Bestimmung dieses Minderwerths lediglich die dermalige Beschaffenheit des Grundstücks zu Grunde zu legen, dagegen auf die Behauptung der Beklagten, daß sie auf demselben eine Brauerei zu errichten gedachten, keine Rücksicht zu nehmen haben. Diese Bemerkung war zweifelsohne vollkommen begründet, da sich's wohl von selbst versteht, daß auch bei derartigen Abschätzungen die abzuschätzende Sache immer als das anzunehmen ist, als was sie sich zur maßgebenden Zeit, also hier zur Zeit der Bestimmung zue Abteetung, darstellt, keineswegs aber auf dasjenige zu sehen ist, zu was allem dieselbe sich möglicherweise eignet, oder was etwa der Inhaber damit vorzunehmen und zu gewinnen gedachte, zumal wenn, wie hier, zue Realisirung eines solchen Voehabens noch nicht einmal Anstalten an der betreffenden Sache getroffen worden sind. Die Beklagten wollten zwar in dieser letzteen Hinsicht die von ihnen angebrachte Stützmauer und den von ihnen eingerichteten Eis- und Bierkeller als solche Bauten angesehen wissen, welche in der Absicht, eine Brauecei daselbst zu errichten, angelegt wurden; — allein es ist wohl schon an und für sich klar, und die Erfahrung bestätigt dies allerorts, daß derartige Bauten für sich bestehende Zwecke erfüllen und daher aus deren Herstellung noch lange nicht auf eine Absicht, wie sie die Beklagten behaupten wollen, geschlossen werden kann und muß, und noch viel weniger gar ein Anfang einer daselbst zu errichtenden Bierbrauerei darin eeblickt werden kann. Wenn aber aus diesem Grunde die Absicht der Beklagten, wie sie solche nun geltend machten, außer Betracht bleiben mußte, so konnte auch von einer, durch Abteetung eines Theils des zur Ueberbauung geeigneten Gartens bewirkten, Entweethung des Eis- und Bierkellers keine Reve sein, da solcher seinen bisherigen Werth, als einzeln stehender Eis- und Bierkeller vollständig behält. Ja es könnte überhaupt von einem höheren Weethe, den dieser Keller duech die unmittelbaee Verbindung mit einer Brauerei etwa erhalten könnte, eigentlich nur dann sich speechen lassen, wenn eine solche bereits stünde, so daß also selbst eine Entwerthung noch nicht einmal vorläge, wenn die Brauerei schon im Bau begriffen gewesen wäre, indem einem solchen, noch gar nicht vollendeten Etablissement der Keller noch keinen Vortheil gewähet, welcher mit der Beseitigung des erstern wieder verloeen ginge. Die Beklagten behaupten übrigens noch weiter, und es ist dies

4) ihre letzte Beanstandung der Instruction, daß der Bier- und Eiskeller an sich insofeen durch die Abteetung an Werth verliere, als dessen Benützung durch den Eisenbahnbetrieb beeinträchtigt werde, als nämlich künftighin Gefahr voehanden sei, mit Pferden vor dem Eingang des Kellers zu halten. — Hiegegen kömmt jedoch zu bemerken, daß von diesem, durch die neue Anlage oder eigentlich durch deren Gebeauch entstehenden und dabee unter den §. 29 des Gesetzes fallenden, Nachtheil in den der Expertise voeangegangenen Verhandlungen überall keine Rede war, mithin für den Richter keine Veranlassung vorlag, die Aufmerksamkeit der Schätzer hierauf zu lenken, oder in diesem Sinne denselben eine Frage vorzulegen. — §. 53 des Ges. u. Pr.O. §. 490. — Die Beklagten haben zwar in 2. Instanz nachteäglich hierauf den Antrag gestellt, allein diesem konnte nicht mehr entsprochen werden, da nach §. 495 der Pr.O. auf Antrag einer Partei eine nochmalige Begutachtung nur verfügt werden kann, wenn nicht der richtige Gegenstand, oder nicht alle wesentlichen Punkte, auf die der Anteag der Partei gerichtet war (§. 483. 484 Pr.O.), begutachtet worden sind." Stf.

8.

Ist die obervormundschaftliche Ermächtigung des Vormunds zur Prozeßführung nothwendig?

§. 20. lit. g. Beil. C. zum Organisationsreseript vom 26. November 1809. (Reg.Bl. No. 51. S. 429.)

L.R S. 464.

§. 5. 19. 20 des II. Einf.Ed. vom 22. Dezember 1809.

Digitized by Google

§. 8 der Waisenrichterordnung vom 18. April 1810 (Reg.Bl. No. 18. S. 118.)

§. 5 lit. d. §. 6 der Justizministerialverordnung vom 23. März 1838. Reg.Bl. S. 114.

§. 7 des Gesetzes vom 5. Juni 1860. (Reg.Bl. No. 37. S. 250.)

1) Der §. 20. lit. g Beil. C. zum O.R.*) legte den Beamtungen die Obliegenheit auf:

„Liegenschaftsveräußerungen, Kapitalaufnahmen, Vergleiche und andere wichtige Geschäfte der Bevormundeten . . . . . zu prüfen und nach Befinden zu bestätigen."

Damit war entschieden:

a) wer die ordentliche (§. 12. lit h. Beil. D.) zuständige Behörde für die Ertheilung obervormundschaftlicher Ermächtigungen sei,**) und

b) daß solche Ermächtigungen nur bei wichtigen Angelegenheiten der Bevormundeten einzutreten haben, ohne daß diese genauer bestimmt waren.

2) Der L.R.S. 464 knüpfte das Recht des Vormunds zur Anstellung von Immobiliarklagen ꝛc. an die Ermächtigung des Familienraths; an dessen Stelle nach §. 5 des II. Einf.Ed. in den Fällen der L.R.S. 361. 457. 458. 461—468. 483 und 2143 die im §. 19 ib. „bemerkten Personen" treten; und der §. 20 ib. erklärte die obrigkeitliche Prüfung und Bestätigung ausdrücklich nur für den Fall des L.R.S. 467 für nothwendig.

Darnach war der §. 20. lit. g. Beil. C. theils näher erläutert, theils abgeändert, indem nunmehr

a) die Anstellung der Immobiliar- nicht aber der Mobiliarklagen als ein wichtiges Geschäft anerkannt war, welches der Vormund nur mit Ermächtigung vornehmen könne, jene Ermächtigung aber

b) durch die in §. 19 lit. a und b des II. Einf.Ed. genannten Personen und nicht durch die Obrigkeit, auch ohne obrigkeitliche Prüfung zu ertheilen war.

Letzteres bildete allerdings später eine Controverse*), indem man geltend machte: da nach §. 19 II. Einf.Ed. die „ordentliche Obrigkeit" nach Einvernahme der dort unter lit. a und b genannten Personen zu „beschließen" habe, so sei auch die Obrigkeit in allen Fällen, in welchen der §. 5 auf den §. 19 verweise, als eine der Personen zu betrachten, die an die Stelle des Familienraths treten, und sie habe auch in diesen Fällen zu beschließen.

Diese Ansicht erscheint jedoch unbegründet, da schon die Fassung des §. 35 dagegen spricht, indem es einerseits sowohl gegen den allgemeinen, als insbesondere auch gegen den Sprachgebrauch des Gesetzes verstoßen hätte, wenn der §. 5 die ordentlichen Obrigkeiten als „Personen" bezeichnet hätte, und indem andererseits der §. 5 a. E. sogar die Obrigkeit theils den im §. 19 bemerkten Personen entgegenstellt, theils solche ausdrücklich neben denselben aufführt; da das Einführungsedikt sämmtliche Fälle des §. 5, in denen der Familienrath durch die im §. 19 genannten Personen ersetzt werden soll, bezüglich der obrigkeitlichen Bestätigung noch besonders entscheidet, indem die §§. 13. 19. 20 und 28 des Edikts diese Bestätigung in den Fällen der L.R.S. 361. 457. 458. 483 (§. 19 der Pfälzischen Vormundschaftsordnung; §. II. Abs. 1. Tit. 16 des Pfälz. Landrechts), 467. 2143 ausdrücklich für geboten und der §. 20 solche in den Fällen der L.R.S. 461 bis 466 (Tit. 8 und 10 der Pfälz. U.G.O. Tit. 27 des Pfälz. Landrechts) ausdrücklich für nicht geboten erklärt; — und da es überhaupt den Regeln der Auslegung widerspricht, anzunehmen, daß der Gesetzgeber in demselben Gesetz für denselben Fall die obrigkeitliche Bestätigung folgerungsweise vorgeschrieben und ausdrücklich für nicht nöthig erklärt habe.

cf. noch Brauer Band IV. S. 578. Note 22.

3) Der §. 8 der Waisenrichterordnung bestimmte, daß die Waisenrichter den Vormund zu berathen haben „wenn ein Rechtshandel angefangen werden solle" und daß sie auf amtliche Prüfung anzutra-

*) Welcher über die Geschäfte der willkürlichen Gerichtsbarkeit (jurisdictio voluntaria) spricht. Red.

**) In Beil. D. zum Org.Rescript §. 12 h. (Regsbl. 1809 No. 52) war den Kreisdirektorien die Erlaubnißertheilung an Pflegschaften zu Prozeßführungen bei inländischen Gerichten in zweiter Instanz, oder bei einem ausländischen Gericht, wo Anwälte anzustellen sind, zugewiesen, und war zuvor schriftliches Gutachten eines Kreisraths zu erheben. Diese Bestimmung ist durch den dritten Absatz des Art. 7 des Ges. vom 5. Juni 1860 aufgehoben. Red.

*) s. Laukhard, Rechtsfälle Bd. VI. S. 161. Note. Vergl. Treffurt, System S. 40. 1. Annalen I. (1833) No. 42. S. 255. 256. No. 50. S. 306. 307. No. 54. S. 332. Red.

Digitized by Google

gen hätten, wenn ihre Einsicht nicht ausreiche.

Es verbleibt daher nach diesem Gesetz

a) bei der Vorschrift des L.R.S. 464 resp. der §§. 5. 20 II. Einf.Ed. hinsichtlich der Immobiliarklagen, es war

b) der Vormund nunmehr berechtigt, auch bei anderen als Immobiliarklagen die Waisenrichter zu berathen; es waren

c) die Waisenrichter verpflichtet (gleichviel ob der Vormund sie kraft seiner Verbindlichkeit §. 5. II. Einf.Ed. oder kraft seines Rechts §. 8 der Waisenrichterord. berieth), die obrigkeitliche Prüfung einzuholen, wenn ihre Einsicht unzureichend war; und es war

d) die Obrigkeit verpflichtet, eine solche Prüfung vorzunehmen, wenn sie von den Waisenrichtern darum angegangen wurde.

Brauer scheint der Ansicht gewesen zu sein, durch die Waisenrichterordnung sei eine obrigkeitliche Bestätigung zur Anstellung von Immobiliarklagen nothwendig geworden, da er in dem nach Erlaß der Waisenrichterordnung erschienenen VI. Band seiner Erläuterungen No. 289. S. 707 bemerkt, der Vormund könne Liegenschaftsklagen nicht ohne obervormundschaftliche Genehmigung erheben. Brauer beruft sich zwar dabei nur auf L.R.S. 464 und nicht auf die W.R.O. Allein abgesehen davon, daß der S. 464 der obervormundschaftlichen Bestätigung nicht erwähnt, hatte Brauer ja selbst früher an der, oben Ziff. 2 a. E. allegirten, Stelle ausdrücklich erörtert, daß das Einf.Ed. jene Genehmigung nicht vorschreibe. Es scheint daher, daß die W.R.O. ihn zu jener Ansicht veranlaßte. Eine solche Aenderung des L.R.S. 464 und der §§. 5 u. 20 des II. Einf.Ed. kann jedoch in der Waisenrichterordnung nicht gefunden werden, da sie der obrigkeitlichen Bestätigung mit keinem Wort erwähnt, und selbst die Einholung der obrigkeitlichen Prüfung lediglich in das Ermessen des Waisenrichters stellt.

4) Die Justizministerialverordnung vom 23. März 1838 schrieb:

a) in §. 5 lit. d vor, daß die obervormundschaftliche Ermächtigung bei Immobiliarklagen nothwendig sei, indem sie bezüglich der oben unter Ziff. 2 angeführten Streitfrage von der eben angefochtenen Ansicht ausging, und sie dehnte

b) den §. 8 der Waisenrichterordnung nach zwei Richtungen aus, indem sie das Recht des Vormunds, bei dem Waisenrichter Rath zu holen, für eine Pflicht desselben erklärte und dem Vormund bezüglich aller Klagen die Pflicht auferlegte, die Prüfung des Amts einzuholen, wenn er seiner Einsicht nicht vertraue; dagegen sprach

c) auch diese Instruktion nicht aus, daß der Vormund bei Mobiliarklagen an den Rath des Waisenrichters oder im Fall auch der Rath des Amts eingeholt worden sein sollte, an diesen gebunden sei.

Es bedarf keiner Erörterung, daß diese Instruktion an den gesetzlichen Voraussetzungen zur Vertretung der Minderjährigen nichts ändern konnte (Annalen XIII. (1845) No. 19. VI. S. 152) und daß ihre Bestimmungen, soweit sie dieß that, unverbindlich waren.

5) Durch den Art. 10 des Gesetzentwurfs vom 28. November 1839, sollte nach den Motiven der Regierung die in §. 5 lit d der Instruktion aufgestellte Interpretation der §§. 5 und 19 II. Einf.Ed. zur authentischen erhoben und der ihr entgegenstehende §. 20 d. II. Einf.Ed. aufgehoben werden.

Der Abs. 1 des Art. 10 jenes Entwurfs war dem Abs. 1 des Art. 7 des Gesetzes vom 5. Juni 1860 gleichlautend.

Der Abs. 2 lautete im Entwurf: „Die obervormundschaftliche Bestätigung der Beschlüsse des Vormunds und des Familienraths ist nothwendig in den Fällen der L.R.S. 395. 457. 458. 461 (mit Ausnahme jedoch der Erbantretung) 463. 464. 465. 467. 478. 483. 484. 511. 2143.

Die Entschließung über die Vergleichsbestätigung (L.R.S. 467) erfolgt ohne die Erhebung eines Gutachtens dreier Rechtsgelehrten."

Der Absatz 3 lautete: „der §. 20 d. II. Einführungsedikts und die Bestimmung unter Ziff. 12 lit. h der Beilage D. des Organisationsreskripts vom 26. November 1809 sind aufgehoben."

Die I. Kammer beantragte den Strich des ganzen Artikels und ihre Kommission hatte eventuell beantragt: die unveränderte Annahme des Abs. 1, — sodann die Annahme des Abs. 2 in einer verbesserten Fassung, mit Streichung des Art. 464, und unter Hinzu-

Digitized by Google

fügung eines (den L.R.S. 464 und §. 20 II. Einführungs-Edikts abändernden) Zusatzes dahin: „Bei Rechtsstreitigkeiten bevormundeter Personen, deren Gegenstand die Appellationssumme erreicht, ist zur Erhebung der Klage, zur Ergreifung eines Rechtsmittels und zur Entsagung auf den Rechtsstreit die Ermächtigung des Bezirks Amts nothwendig;" — endlich den Strich des Abs. 3, weil es keiner ausdrücklichen Bestimmung bedürfe, daß frühere Gesetze, welche mit den neuen im Widerspruch stehen, nichts mehr gelten. (Kommissions Bericht von Stabel S. 15). Nach dem Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Juni 1860 wurde die eventuell beantragte Streichung des L.R.S. 464 zum Gesetz erhoben, nicht aber der deßfalls beantragte Zusatz und ebenso wenig die im Abs. 3 des Entwurfs enthaltene Aufhebung des §. 20 II. Einführungs-Edikts.

Hiernach bedarf es jetzt

a) zur Anstellung von Immobiliarklagen weder einer obrigkeitlichen Prüfung noch einer solchen Bestätigung, indem beide Anträge der Gesetzesvorlage, sowohl jener, diese Bestätigung für den Fall des L.R.S. 464 für nothwendig zu erklären, als jener, den, diese Bestätigung und Prüfung für nicht nöthig erklärenden §. 20 II. Einführungsedikts aufzuheben, im Gesetz verworfen erscheinen; damit

b) fällt auch eine obrigkeitliche Prüfung und Bestätigung bei den Mobiliarklagen weg, da einerseits das Gesetz diese Klagen für minder wichtig hält, als jene (Satz 464) und da andererseits der, auf einer theilweise davon abweichenden Ansicht beruhende Vorschlag der Kommission der I. Kammer, wonach der Streitwerth entscheiden sollte, nicht zum Gesetz erhoben wurde; dagegen ist

c) der Vormund bei Immobilia-klagen auch jetzt noch an die Ermächtigung der im §. 19 lit. a u. b des II. Einf.-Ed. genannten Personen gebunden. §. 5 ibd.; Art. 7. Abs. 1 des Gesetzes vom 5. Juni 1860; während

d) bei Mobiliarklagen es in sein Ermessen gestellt bleibt, ob er den Waisenrichter berathen will oder nicht. §. 8 der Waisenrichter-Ordnung.

Da §. 5 lit. d und §. 6 der Instruktion von 1838 jedenfalls mit dem Art. 7 des Gesetzes v. 5. Juni 1860 nicht mehr im Einklang stehen, die Vormünder aber auch jetzt noch darauf verpflichtet und darnach von den Aemtern und Amtsrevisoraten instruirt werden, so dürfte eine deßfallsige Aenderung der Instruktion zu erwarten sein! Fy.

9.

Der Käufer einer Liegenschaft hat gegen den Verkäufer derselben kein Klagrecht darauf, daß dieser die Löschung der auf derselben eingetragenen Unterpfandsrechte veranlasse:

Denn das L.R. erwähnt in dem von den Verpflichtungen des Verkäufers handelnden Kapitel (L.R.S. 1602 ff.) nirgends eine derartige Obliegenheit des Verkäufers; eine solche folgt auch nicht aus allgemeinen Grundsätzen und L.R.S. 1625 ist auf diese Streitfrage nicht anwendbar; auch enthält das Gesetz specielle Bestimmungen darüber, welche Wege der Erwerber von Liegenschaften, welche mit Vorzugs- oder Unterpfandsrechten belastet sind, einzuschlagen hat, um sich gegen Benachtheiligung sicher zu stellen und die Kaufobjekte von derartigen Lasten zu befreien.

Auch durch Berufung auf L.R.S. 1641 kann das Begehren auf Löschung nicht begründet werden, namentlich dann nicht, wenn die Unterpfandsrechte in dem Pfandbuche eingetragen sind, wo von einem verborgenen Fehler der Kaufobjecte keine Rede sein kann.

(Aus den Entscheidungsgründen zum Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 11. Septbr. 1860 J. S. Reinmuth gegen kathol. Bürgerhospital in Mannheim, Vertragserfüllung betr.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stemvf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 4.

10.

Einladung zur Theilnahme am deutschen Juristen-Tage.

„Beseelt von dem Wunsche, die Einheit Deutschlands auf dem Gebiete des Rechts nach Kräften fördern zu helfen, hat die „juristische Gesellschaft in Berlin" beschlossen, einen deutschen Juristentag auszuschreiben und jährlich wiederkehrende Versammlungen von deutschen Rechtsverständigen anzubahnen."

Mit diesen einleitenden Worten erging am 16. Mai 1860 in den öffentlichen Blättern von jenem, zur Besprechung von Rechtsangelegenheiten und zur Belebung des gegenseitigen Verkehrs bestehenden, Vereine an alle deutsche Rechtskundige eine Einladung zur Theilnahme an dem auf Ende August anberaumten Juristentage; es hatte diese Aufforderung einen so erfreulichen und großartigen Erfolg, daß aus allen Gauen unseres deutschen Vaterlandes Männer der Wissenschaft und Praxis herbeiströmten, um sich an dem zeitgemäßen Unternehmen zu betheiligen. *) War es doch bisher den Angehörigen anderer Wissenschaften eine liebgewordene Einrichtung, auf regelmäßig wiederkehrenden „Tagen" mit Fachgenossen aus ganz Deutschland zu verkehren und hier die Ergebnisse ihrer Forschungen und Erfahrungen zu besprechen; warum sollte dies nicht auch den Juristen gegönnt sein, welchen bei dem stets reger werdenden Bedürfnisse und Verlangen nach Anbahnung einer gemeinsamen Gesetzgebung in Deutschland wahrlich vielfache Aufmunterung gegeen ist, jene wirksamen Mittel zur gegenseitigen Verständigung in freundschaftlicher Weise zu benützen. Zur allseitigen Förderung der guten Sache trug wesentlich bei, daß sofort Männer, wie Geheimerath und Professor Dr. von Wächter aus Leipzig, Professor Dr. Bluntschli aus München, Kanzler und Professor Dr. Gerber aus Tübingen, Professor Dr. Mommsen in Berlin, Oberstaatsanwalt Dr. Schwarze in Dresden u. A., deren gefeierte Namen schon das Gedeihen des Unternehmens sicher zu stellen genügten, neben den verdienstvollen, bekannten Mitgliedern der, aus der Mitte der juristischen Gesellschaft vorläufig gebildeten Commission ihre Mitwirkung bereitwilligst zusagten, und daß auch von Seite fast sämmtlicher deutschen Regierungen höchst erfreuliche Zuschriften an jene Commission einkamen, worin mit Anerkennung des vaterländischen Bestrebens jegliche Förderung desselben in Aussicht gestellt wurde. Insbesondere zeigte sich auch hier schon die edle, deutsche Gesinnung Sr. kön. Hoheit des Großherzogs, die Höchstderselbe wenige Tage nachher in den denkwürdigen und hochherzigen Worten verkündete, daß „die Interessen des Landes, als Theils eines großen Ganzen, nicht besser vertreten werden können, als durch Verfolgung aller Wege, welche Deutschlands Kraft und Einigung befördern," und daß „zunehmende Macht und wachsendes Ansehen unseres deutschen Vaterlandes gegen Außen Hand in Hand gehen werde mit fortschreitender Befriedigung seiner wahren Bedürfnisse im Innern," indem Se. kön. Hoheit Se. Excellenz den Herrn Staatsminister Dr. Stabel, welcher „sein reges Interesse an dem zeitgemäßen und glücklichen Unternehmen durch persönliche Betheiligung beim Juristentage" zu bekunden entschlossen war, gnädigst ermächtigt hatte, dies Vorhaben auszuführen. Der nahende Schluß der Ständeversammlung vereitelte freilich die Anwesenheit des gefeierten badischen Justizministers bei dem deutschen Juristentage, dessen Bedeutung er aber noch durch Abordnung eines Stellvertreters, des großh. Ministerialraths von Freydorf, anerkannte.

Unter diesen glücklichen Aussichten versammelten sich am 27. August die Mitglieder des Juristentages; dieser Abend war zur gegenseitigen Begrüßung bestimmt. Die Erinnerung an diese erste Begegnung mit so vielen

*) Aus Anhalt-Bernburg 3. Anhalt-Dessau 2. Baden 5. Baiern 19. Braunschweig 16. Bremen 4. Frankfurt 3. Hamburg 7. Hannover 22. Hessen-Cassel 2. Hessen-Darmstadt 4. Holstein 6. Lippe-Bückeburg 1. Lippe-Detmold 3. Lübeck 4. Mecklenburg-Schwerin 15. Mecklenburg-Strelitz 6. Nassau 6. Oesterreich 50. Oldenburg 3. Preußen 459. Reuß 1. Sachsen 45. Sachsen-Altenburg 5. Sachsen-Coburg 2. Sachsen-Meiningen 3. Sachsen-Weimar 2. Würtemberg 12. Summa 740.

Fachgenossen aus ganz Deutschland mahnt vor Allem zu aufrichtigem Danke gegen die Mitglieder der juristischen Gesellschaft, insbesondere gegen ihre Commission, deren überaus freundliche und zuvorkommende Aufnahme während der ganzen Dauer des Juristentages nicht genug gerühmt werden kann. Wahrhaft erhebend war ferner die allseits einmüthige Gesinnung und der überall entschieden ausgesprochene Wille, durch gegenseitige Verständigung und selbst mit aufopfernder Unterordnung der besondern Rechtsanschauungen unter die anzustrebende gemeinsame Gesetzgebung diese nach Kräften zu fördern. Im stets freundschaftlichen Verkehre mit den aus allen deutschen Gauen vereinten Männern wuchs das Vertrauen und die Hoffnung, in dem deutschen Juristenstande eine höhere genossenschaftliche Gesinnung zu bilden und durch ihn eine neue, den andern wissenschaftlichen Genossenschaften ebenbürtige zu gründen. Nothwendig mußte die von maßgebender Seite gewährte Aussicht, daß die Verhandlungen und Beschlüsse auch von wirksamem Erfolge begleitet sein werden, jenes freudige Bewußtsein erhöhen.

Was nun diese Verhandlungen und Beschlüsse selbst betrifft, so ist wegen der Wichtigkeit des reichhaltigen Stoffes die Versuchung zwar nahe, hierüber eine ausführliche Mittheilung zu geben; indeß liegt solche außerhalb der Aufgabe dieser Zeilen, zumal die eben erschienenen stenographischen Berichte *) zur Kenntniß derjenigen gelangen, welche ein näheres Interesse an der Sache nehmen. Nur so viel in allgemeinen Zügen:

Bei der ersten, von dem Vorsitzenden der Commission, Herrn Stadtgerichtsrath Graf v. Wartensleben, eröffneten, vollen Versammlung ward auf dessen Vorschlag der in allen Zweigen der Rechtswissenschaft höchst verdienstvolle Geheimerath und Professor Dr. v. Wächter, „der geborene Präsident des deutschen Juristentages" hiezu mit einstimmigem Zurufe gewählt; seine gerechte und gewandte Handhabung dieses schwierigen Amtes erregte allgemeine Bewunderung. Als seine Stellvertreter berief derselbe Stadtgerichtsrath Graf v. Wartensleben, Oberstaatsanwalt Keller, Geh. Justizrath Dr. Friedberg und Adv. Ruhwandt (aus München) und endlich als Schriftführer Rechtsanwalt Dr. Horwitz, Rechtsconsulent Dr. Hölder, Rechtsanwalt Meyen und Professor Dr. Unger.

*) Zur wortgetreuen Mittheilung der wichtigsten Beschlüsse wurde diese Einladung bis zum Erscheinen dieser Berichte zurückgehalten.

Nachdem der Juristentag sich in dieser Weise gebildet hatte, versammelten sich, wie auch am folgenden Tage, die Abtheilungen zur Berathung der ihnen von der Versammlung zugewiesenen Anträge in Sondersitzungen, für welche als Präsidenten erwählt wurden: in der ersten Abtheilung: Professor Dr. Bluntschli; in der zweiten: Präsident Dr. Heimsöth aus Cöln; in der dritten: Oberstaatsanwalt Dr. Schwarze; in der vierten: Hof- und Gerichtsadvokat Dr. Berger.

Die zweite (und zugleich letzte) volle Sitzung wurde am Donnerstag den 30. August abgehalten. Hier kamen nun die von den Abtheilungen gestellten Anträge über die darin besprochenen Gegenstände zur Berathung und Beschlußfassung, und zwar zunächst über die Ordnung für den deutschen Juristentag, welche in der Fassung wie sie in dieser Mittheilung *) enthalten

*) **Ordnung des deutschen Juristentages.**

§. 1. Der Zweck des deutschen Juristentags ist: eine Vereinigung für den lebendigen Meinungsaustausch und den persönlichen Verkehr unter den deutschen Juristen zu bilden, auf den Gebieten des Privatrechts, des Prozesses und des Strafrechts den Forderungen nach einheitlicher Entwicklung immer größere Anerkennung zu verschaffen, die Hindernisse, welche dieser Entwicklung entgegenstehen, zu bezeichnen und sich über Vorschläge zu verständigen, welche geeignet sind, die Rechtseinheit zu fördern.

§. 2. Der deutsche Juristentag tritt alljährlich zusammen.

§. 3. Zur Mitgliedschaft berechtigt sind die deutschen Richter, Staatsanwälte, Advokaten und Notare, die Aspiranten des Richteramtes, der Anwaltschaft und des Notariats, die Lehrer an den deutschen Hochschulen, die Mitglieder der gelehrten Akademieen, die Doctoren der Rechte und die rechtsgelehrten Mitglieder der Verwaltungsbehörden.

§. 4. Die Mitgliedschaft beginnt mit dem Empfang der Mitgliedskarte. Sie berechtigt zur Theilnahme an den Verhandlungen und an den Abstimmungen.

§. 5. Der Beitrag der Gesellschaftsmitglieder wird auf 3 Thlr. jährlich festgesetzt und ist für das Jahr 1860 innerhalb 4 Wochen nach der Seitens des deutschen Juristentags erfolgten Genehmigung dieses Statutes, für jedes folgende Jahr innerhalb 4 Wochen nach Beginn des neuen Jahres zu entrichten, widrigenfalls derselbe durch Postvorschuß eingezogen wird. Nimmt ein Mitglied den mit Postvorschuß beschwerten Brief nicht an, so wird dies einer ausdrücklichen Austrittserklärung gleichgeachtet.

§. 6. Den Plenar-Verhandlungen des deutschen Juristentages gehen der Regel nach Abtheilungs-Berathungen voraus. Zu diesem Zwecke werden durch freiwillige Einzeichnung der Mitglieder folgende 4 Abtheilungen gebildet:

1) Abtheilung für Privatrecht, insbesondere Obligationen- und Pfandrecht,

2) Abtheil. für Handels-, Wechsel-, See- u. internationales Recht

Digitized by Google

ist, festgestellt wurde. Sofort schritt man auch zur Wahl der ständigen Deputation, welche aus den vom Herren Präsidenten vorgeschlagenen Mitgliedern des Juristentages durch allgemeinen Zuruf gebildet wurde. *)

Bei den hierauf folgenden Verhandlungen über die Angelegenheiten, welche durch eine allgemeine deutsche Gesetzgebung geregelt werden sollten, warf sich vor Allem die, theilweise auch schon in einzelnen Abtheilungen zur Sprache gekommene Frage auf, in welcher Weise den zu fassenden Beschlüssen eine wirksame Geltung zu verschaffen sei. Von der einen Seite wurde der Vorschlag gemacht, jene mit begleitenden Denkschriften zur Kenntniß der deutschen Regierungen zu bringen und diese zugleich zu ersuchen, durch alsbald zu erwählende Commissionen die erforderlichen Gesetze nach Maßgabe der vom Juristentage angenommenen Grundsätze und ausgesprochenen Wünsche entwerfen zu lassen und nach gegenseitiger Prüfung auch einzuführen. Von der andern Seite hielt man aber diesen Weg für nicht geeignet und glaubte, es liege mehr im Interesse des Juristentags und wahre eher seine Selbstständigkeit, wenn er sich nicht unmittelbar mit den Regierungen in Verbindung setze; es genüge — und müsse genügen, wenn er, rein auf dem Standpunkte der Wissenschaft und Praxis beharrend, seine Ueberzeugung über Nothwendigkeit bestimmter Gesetze und über die dabei festzuhaltenden Grundsätze öffentlich ausspreche und lediglich durch das moralische Gewicht der möglichst einstimmig zu fassenden Beschlüsse, welche den deutschen Regierungen

---

3) Abtheilung für Strafrecht, Strafprozeß und Gefängnißwesen,

4) Abtheilung für Gerichtsverfassung, Civilprozeß, juristisches Studium und praktische Ausbildung.

Die Abtheilungen wählen ihren Vorsitzenden, Schriftführer, Berichterstatter und benachrichtigen den Vorsitzenden der Plenarversammlung (§. 7), sobald ihre Berathungen über einzelne Gegenstände geschlossen sind; ihre Anträge sind schriftlich zu fassen.

§. 7. Die Verhandlungen der Plenarversammlung leitet ein Vorsitzender, welcher für die Dauer eines jeden Juristentages in der ersten Plenarversammlung durch Stimmzettel oder Acclamation gewählt wird. Derselbe ernennt zwei bis vier Stellvertreter und vier Schriftführer. Er bestimmt die Tagesordnung und kann einzelne Gegenstände, ohne Vorberathung in den Abtheilungen (§. 6), unmittelbar zur Plenarberathung stellen. Auch ist er befugt, Nichtmitglieder als Zuhörer zuzulassen.

§. 8. Bei allen Beschlüssen der Plenarversammlung und der Abtheilungen entscheidet einfache Stimmenmehrheit der anwesenden Mitglieder; bei allen Wahlen relative Majorität und im Falle der Stimmengleichheit das Loos.

§. 9. Wird Schluß der Debatte beantragt, so wird über diesen Antrag sofort abgestimmt. In der Plenarversammlung sind alle Anträge mit Ausnahme des Antrags auf Schluß der Debatte schriftlich zu stellen.

§. 10. Vor dem Schlusse eines jeden Juristentages wird von der Plenarversammlung auf Vorschlag des Präsidenten durch Acclamation oder in einem einzigen Scrutinium durch Stimmzettel eine ständige Deputation gewählt, bestehend

a) aus sieben am Orte des letzten Juristentages wohnhaften und

b) aus sieben auswärtigen Mitgliedern.

Zu diesen 14 Personen tritt der Präsident des letzten Juristentages als Ehrenpräsident hinzu.

Die ständige Deputation hat folgende Befugnisse und Obliegenheiten:

1) sie sorgt für die Ausführung der von dem Juristentage gefaßten Beschlüsse, veranstaltet nach eignem Ermessen den Druck der Protokolle und Vorlagen, bewirkt die Vertheilung der Drucksachen an die Mitglieder und verwahrt alle Acten und Schriftstücke des Juristentages;

2) sie bestimmt Zeit und Ort des nächsten Juristentages, trifft die für denselben nöthigen Vorbereitungen, erläßt die Einladungen, stellt die vorläufige Tagesordnung auf, wobei sie in der Regel nur die bis zum 31. Mai des laufenden Jahres eingegangenen Vorlagen zu berücksichtigen hat und bereitet etwaige Abänderungen der Statuten vor;

3) sie nimmt die Beitrittserklärungen neuer Mitglieder entgegen, fertigt die Mitgliedskarten aus, empfängt die Beiträge, bestreitet die Ausgaben und legt der folgenden Deputation Rechnung ab;

4) sie ergänzt sich selbst, falls eines oder mehrere ihrer Mitglieder während des Geschäftsjahres ausscheiden.

Die Deputation wählt aus ihrer Mitte einen geschäftsführenden Präsidenten am Ort des letzten Juristentages, woselbst auch der Sitz der Deputation ist, sowie einen Schriftführer, dem ein jährliches Pauschquantum für Büreaubedürfnisse auszusetzen ist. Zur Giltigkeit ihrer Beschlüsse ist die Einladung sämmtlicher Mitglieder, sowie die Mitwirkung von wenigstens 5 Mitgliedern erforderlich.

§. 11. Abänderungen dieses Statuts können zwar von der Plenarversammlung durch einfache Stimmenmehrheit, jedoch nur auf schriftlichen Antrag, der 4 Wochen vor dem Zusammentritt des Juristentages der ständigen Deputation (§. 10) überreicht worden, beschlossen werden.

*) 1) Obertribunals-Präsident Dr. Bornemann (inzwischen Mitglied des Herrenhauses). 2) Justizrath Dorn. 3) Geh. Oberjustizrath Dr. Friedberg. 4) Geh. Justizrath Professor Dr. Heydemann. 5) Stadtrichter Hiersemenzel. 6) Justizrath Volkmar. 7) Stadtgerichtsrath Graf von Wartensleben, sämmtlich zu Berlin. 8) Professor Dr. Bluntschli zu München. 9) Obertribunalrath Faber zu Stuttgart. 10) Professor Dr. Glaser zu Wien. 11) Professor Dr. Ihering zu Gießen. 12) Oberstaatsanwalt Dr. Keller zu Wien. 13) Oberstaatsanwalt Dr. Schwarze zu Dresden. 14) Hofgerichtsrath von Steeffer zu Bruchsal.

Digitized by Google

nicht unbekannt bleiben könnten, zu wirken suche. Für diese letztere Ansicht entschied sich endlich die Mehrheit der Versammlung.

Was nun den Inhalt der Beschlüsse anbelangt, so war hiebei der leitende Gedanke der, daß es sich bei dem ersten deutschen Juristentage hauptsächlich um dessen Gründung sowie darum handle, das Bedürfniß und die Dringlichkeit zur Erlassung bestimmter gemeinsamer Gesetze und die ungetheilte Uebereinstimmung über dabei maßgebende allgemeine Grundsätze festzustellen; hiernach ward es nicht als die Aufgabe dieses Juristentages betrachtet, Anträge, welche nicht eine allgemeine deutsche Gesetzgebung oder ganz specielle Punkte darin betreffen oder sich nur auf, wenn auch noch so begründete, Wünsche für eine einzelne deutsche Gesetzgebung beziehen und hierin eine brennende Frage bilden, in nähere Berathung zu ziehen, oder endlich selbst Gesetzentwürfe auszuarbeiten. In dieser, von der überwiegenden Mehrheit festgehaltenen Erwägung fanden namentlich die Anträge:

I. 1) daß der deutsche Juristentag sich auch die Bearbeitung von Entwürfen solcher Gesetze, deren Erlassung für das gesammte Deutschland ein allgemeines Interesse habe, zur Aufgabe machen solle;

II. 2) auf Reform der Gesetzgebung in Deutschland über die stille Gesellschaft noch vor dem Zustandekommen eines deutschen Handelsgesetzbuchs;

3) daß — unabhängig von der Frage, ob ein deutsches Handelsgesetzbuch zu Stande gebracht werde oder nicht — durch Auftrag sämmtlicher deutschen Staaten das Oberappellationsgericht der vier freien Städte, unter Verstärkung dessen Personals auf allgemeine Kosten, als Gerichtshof zur Entscheidung von handelsrechtlichen Fragen in letzter Instanz bestellt werde;

III. 4) daß der deutsche Juristentag eine Commission von Juristen verschiedener deutscher Staaten bilde, welche über „Krugs Ideen zu einer gemeinen deutschen Strafgesetzgebung" bis zum nächsten Juristentage ein umfassendes Gutachten abzugeben habe.

5) in Bezug auf das Verhältniß der öffentlichen zur freien Privatanklage sowie auf die gleiche Stellung der Anklage und Vertheidigung;

IV. 6) daß — bei vorausgesetzter Justizorganisation auf Grund einer Procedur, welche auf mündlichem Verfahren von collegialisch formirten Gerichten beruhe, im ordentlichen Verfahren die Beweismittel, Urkunden ausgenommen, erst nach dem Beweiserkenntniß zu bezeichnen, daß Beweiserkenntnisse nicht appellabel seien, daß die streitigen Parteien sich bei Gericht durch Anwälte vertreten lassen müssen, daß eine Zurückweisung der Klage per decretum wegen offenbarer Nichtbegründung unzulässig sei, daß das Rechtsmittel letzter Instanz in der Regel nur ein Cassationsgesuch sei;

7) daß jedem ordentlichen Civilprozeß ein Mandat und auf Antrag des Beklagten ein Sühneverfahren vorangehen soll;

— zur Zeit — keine allseitige Zustimmung. Dagegen vereinigte man sich, die Ueberzeugung auszusprechen:

I. 1) daß, da zwar die Abfassung eines gemeinsamen deutschen Civilgesetzbuchs höchst wünschenswerth, ja ein dringendes Bedürfniß sei, die Umstände aber z. Z. die Ausführung dieses Unternehmens nicht gestatten, mindestens im Anschluß an das deutsche Wechsel- und Handelsrecht eine gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht dringend wünschenswerth und ausführbar sei, (Dr. Unger, v. Wächter);

II. 2) daß die deutschen Regierungen Alles aufbieten werden, damit die Bearbeitung des deutschen Handelsgesetzbuchs so rasch als möglich zum Abschluß gebracht werde und das Gesetz selbst ins Leben trete, (Princker);

3) wie wünschenswerth es sei, daß die deutschen Regierungen den Interessen des Handelsstandes bei den Bestimmungen über die Haftung der Eisenbahnverwaltungen in Betreff des Frachtverkehrs thunlichst Rechnung tragen, (Princker, Kuntsch);

III. 4) daß ein allgemein deutsches Strafgesetzbuch ein dringendes Bedürfniß sei, (von Krämel, von Groß, Dr. Wahlberg);

5) es sei wünschenswerth, daß die deutschen Regierungen in Verbindung oder im Zusammenhang mit den strafstatistischen Tabellen in regelmäßig wiederkehrenden Zeitfristen Berichte über den Zustand der Gefängnisse und die Resultate

Digitized by Google

der Strafvollstreckung durch den Druck bekannt machen (von Holtzendorff);

6) daß ein allgemein deutsches Civilprozeßgesetzbuch, auf den Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebaut, zu erlassen sei, (Waldeck, Gölting, Dr. Gneist, Dr. Straß);

7) daß zu einer Einheit in der Rechtsanwendung nur ein höchster Gerichtshof führen könne und daß dessen sofortige Einführung bezüglich des bereits bestehenden gemeinschaftlichen Rechts (Wechselordnung) sowie des zu schaffenden (Handelsrechts) wünschenswerth erscheine, (Dr. Bornemann);

8) es sei eine allgemeine Eidesnorm wünschenswerth, (Sutro);

9) daß die baldige Erlassung eines für alle deutsche Staaten geltenden Gesetzes über die gegenseitige Vollstreckung der rechtskräftigen Civilerkenntnisse für ein dringendes Bedürfniß zu erachten sei, (Mayersohn).

Der Erfolg dieser wichtigen Beschlüsse des ersten deutschen Juristentages hängt freilich vorzugsweise von dem guten Willen der deutschen Regierungen ab, ob und wie weit sie denselben durch eine gegenseitige Vereinbarung über die hiernach erforderlichen Gesetze oder wenigstens durch gemeinsame Anerkennung der ausgesprochenen Hauptgrundsätze bei den zu schaffenden Gesetzen Rechnung zu tragen geneigt seien. Jedenfalls wird aber ihre allseitige Erkenntniß und Bedeutung fortwährend angeregt und bestärkt werden durch eine möglichst zahlreiche und eifrige Betheiligung der deutschen Rechtskundigen an dem Zwecke des Juristentages. Je größer und einmüthiger dieser seine Wirksamkeit entwickelt, desto mehr Bürgschaft wird dafür gewonnen, daß seine Beschlüsse auch ins Leben gerufen werden. Zur Förderung dieser deutschen Sache ergeht daher an alle badischen Juristen, die Vertreter der Wissenschaft wie der Praxis, einschließlich der Herren Notare, welche insgesammt nach §. 3 der Ordnung zur Mitgliedschaft berechtigt sind, die eben so freundliche als dringende Einladung, dem deutschen Juristentage beizutreten. So oft es sich um öffentliche Bekundung einer deutschen Gesinnung und eines ernstlichen Willens, ihr auf gesetzlichem Wege Nachdruck zu verleihen, handelte, wetteiferten das badische Volk und seine Vertreter, darin den übrigen Bundesgenossen voranzugehen; bei dem hohen Ziele, das der Juristentag zu erreichen sich bestrebt, liegt nun gerade jetzt wahrlich eine wünschenswerthe Gelegenheit und dringende Aufmunterung vor, dies hier in gleicher Weise zu thun. Die Anforderungen an die Mitglieder gehen nicht über den in §. 5 bezeichneten Beitrag — wofür insbesondere die ihnen zugehenden Blätter des deutschen Juristentags bestritten werden — und haben sie, wie aus der ausdrücklichen Ablehnung eines hierwegen gestellten Antrags hervorgeht, namentlich nicht die Verpflichtung, auf Ansuchen der ständigen Deputation oder einzelner Mitglieder Auskunft oder Gutachten über gewisse Rechtsfragen, beziehungsweise Anträge zu erstatten.

Freiwillige literarische Arbeiten mit Anregung und Besprechung von solchen Rechtssachen, die sich zu einer allgemeinen Ordnung eignen, sind jedoch stets willkommen. Als Organ ist zu diesem Zwecke die von Stadtrichter Hiersemenzel redigirte „Preußische Gerichtszeitung" (Preis vierteljährig ¾ Thlr. einschließlich des Postaufschlags), welche sich schon bisher wegen ihrer gediegenen Abhandlungen einer sehr großen Verbreitung erfreute, vom Juristentage bestimmt worden. Demgemäß werden hierin sämmtliche Angelegenheiten desselben nach allen Richtungen und aus allen Theilen Deutschlands erörtert werden, so daß ihr Inhalt das höchste Interesse verspricht und die Mitglieder fortwährend vom Stande des vaterländischen Unternehmens in Kenntniß erhalten werden. Einer weitern Empfehlung dieser verdienstlichen und zu jener Kenntniß unentbehrlichen Wochenschrift wird es nicht bedürfen.

Schließlich erübrigt die Mittheilung, daß der Ort des nächsten Juristentages, dessen Bestimmung der ständigen Deputation überlassen wurde, noch nicht festgesetzt ist; die Gründe der Zweckmäßigkeit, aus welchen diese Aufgabe der Deputation zugewiesen wurde, insbesondere wegen der unsichern politischen Zustände, sowie wegen der erforderlichen Vorbereitungen, waren auch maaßgebend, um hierüber z. Z. noch keine Entscheidung zu treffen. In neuester Zeit ist hiefür Dresden in Anregung gebracht worden.

Indem der Unterzeichnete sich wiederholt erlaubt, zur Theilnahme an dem deutschen Juristentage einzuladen, erklärt er sich mit Vergnügen bereit, jede sonst etwa gewünschte Auskunft zu ertheilen und die Anmeldungen sowie die Beiträge zur Weiterbeförderung an den in Berlin befindlichen Ausschuß der ständigen Deputation in Empfang zu nehmen.

Bruchsal. K. v. Stoesser.

Digitized by Google

11.

Oberhofgerichtliche Entscheidung in einer Rechtspolizeisache.

Gegen die Einweisung eines Erbnehmers in die Gewähr des Nachlasses (L.R.S. 1008) können die gesetzlichen Erben Einsprache erheben.

Dadurch, daß Einsprache gegen einen Beisatzbefehl erhoben wird, geht das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht in das der streitigen über, sondern der gerichtliche Rechtsaustrag (namentlich auch über die Aechtheit und den Inhalt des Testaments) bleibt den Betheiligten vorbehalten.

Ueber die Zulässigkeit von Rechtsmitteln entscheidet der Stand der Gesetzgebung zur Zeit der Verkündung des anzufechtenden Urtheils.

Zur Einsetzung des Erbnehmers in die Gewähr ist das Amtsgericht desjenigen Orts zuständig, wo der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz hatte.

Der allgemeine bürgerliche Wohnsitz eines ausländischen Erblassers im Inland ist derjenige Ort, wo sich derselbe mit der — auch aus Thatsachen zu folgernden — Absicht, fortdauernd allda zu bleiben, aufgehalten hatte.

Durch amtsgerichtliches Erkenntniß vom 9. Juni 1860 wurde dem, auf L.R.S. 1008 gestützten, Gesuch des Arel Weber aus Rosenkranz um Einweisung in Besitz und Gewähr des Nachlasses des hier gestorbenen Rentners R. Weber von Elberfeld entsprochen, in dessen eigenhändigem Testament Jener zum Erben eingesetzt ist.

Gegen diesen Einweisungsbefehl ließen zwei Brüder des Erblassers, nämlich:

Eduard Weber in Antwerpen und
Albert Weber in Brüssel

Einsprache erheben und baten um Zurücknahme jenes Befehls, weil

1) das großh. Amtsgericht Mannheim zur Erlassung desselben nicht zuständig sei.

Nach L.R.S. 1007 sei nämlich nur das Gericht desjenigen Bezirks zuständig, „dans lequel la succession est ouverte," folglich nach L.R.S. 110 dasjenige Gericht, in dessen Bezirk der Erblasser seinen Wohnsitz hatte.

Das bad. Landrecht gebe zwar jenen Satz des Art. 1007 in der Uebersetzung mit den Worten:

„unter welchem das Erbe gelegen ist"

allein wenn auch angenommen werde, die Zuständigkeit richte sich nach badischem Recht nicht nach der Person des Erblassers, sondern nach dem Object des Nachlasses, so beziehe sich der Ausdruck „gelegen ist" nicht auf Fahrnisse, sondern nur auf Liegenschaften.

Der Erblasser habe aber in Mannheim nicht nur seinen Wohnsitz im gesetzlichen Sinne nicht gehabt, Zachariä §. 141. Bd. I. S. 332; wie auch aus L.R.S. 102a und b folge, sondern auch keine Liegenschaften in Baden hinterlassen. Derselbe sei nämlich Königlich Preußischer Unterthan, sonach Ausländer, auch sei nach fr. Recht Demolombe c. de droit civil T. I. No. 349, seine Absicht, nach Elberfeld zurückzukehren, zu vermuthen gewesen. Demnach habe, ungeachtet der Erblasser in Mannheim gewohnt habe und gestorben sei, der zuständige Königl. Preußische Gerichtspräsident die Einweisung in den Besitz und Gewähr seines Nachlasses auszusprechen. Gilbert T. I. ad art. 1008. No. 24.

Auch nach badischem Rechte habe ein Ausländer im Großherzogthum keinen Wohnsitz, denn nicht das Landrecht im S. 13 (Demolombe c. d. dr. c. T. I. No. 268) komme zur Anwendung, sondern das VI. Const.-Ed. §§. 1—5, wornach selbst der Schutzgenosse nur bestimmte Rechte habe; Stabel Vorträge S. 73; die inländischen Behörden seien nur zu Sicherungsmaaßregeln, nicht aber zu selbstständigen Entscheidungen bezüglich des im Lande befindlichen Theils des, eine universitas bildenden, Nachlasses berufen, sondern verpflichtet, die Entscheidung der heimathlichen Gerichtsbehörde desjenigen Erblassers zu vollziehen, welcher nicht das Einsatzrecht erworben gehabt habe. Annalen III. S. 113.

Nun verstoße aber die Entscheidung des Amtsgerichts gegen die nach §. 21 des VI. Const.Ed. den inländischen Behörden obliegende Fürsorge.

2) Das Testament sei überdies wegen verbotener Aftererbeinsetzung ungiltig.

Der Antrag geht dahin, den Beisatzbefehl, als von der unzuständigen Behörde erlassen, eventuell wegen Nichtigkeit des Testaments nach L.R.S. 896 wieder aufzuheben.

Durch amtsgerichtlichen Bescheid wurde das Gesuch um Wiederaufhebung des Beisatzbefehls verworfen. Hiergegen wurde die Appellation eventuell Beschwerdeführung angezeigt.

In der, erst in II. Instanz abgegebenen, Vernehmlassung des Eingewiesenen, Arel Weber, ist:

Digitized by Google

1) mit Bezug auf Brauer Erl. Bd. 6. S. 164.
Troplong des donations etc. ad art. 1008. No. 1827—29. 1834.
Zachariä Bd. IV. §. 721. Note 2.
Gilbert ad art. 1008. No. 1. 2. 8. 9,
widersprochen, daß der materielle Gehalt des Testaments in Betracht gezogen werden dürfe, auch
2) das Recht der Einsprache mit Bezug auf
Gilbert ad art. 1008. No. 20,
beanstandet, die Einsprache selbst aber deßhalb als unbegründet angefochten, weil sie nicht auf einer der Behauptungen beruhe,
a) es seien Pflichterben vorhanden,
b) es liege kein Erbvermächtniß vor,
c) das Testament leide an einem formellen Fehler, auch keine materielle Beschwerde behauptet werde!
3) Die Beanstandung der Zuständigkeit des Amtsgerichts Mannheim wird mit der Ausführung zu widerlegen gesucht, daß unter dem Gerichte, in dessen Bezirk das Erbe gelegen ist, L.R.S. 1007, nicht das Gericht des Wohnsitzes, sondern dasjenige des letzten Aufenthalts des Erblassers zu verstehen sei, wo die Fahrnisse und die Titel der Liegenschaften des Nachlasses nebst dem Testament sich befinden;
4) für die Zuständigkeit sprächen aber die §§. 7. 41. d. Pr.O.
5) der Erblasser habe in Baden jedenfalls Gastrecht genossen, daher sei nach §. 21 d. VI. Const.-Ed., wornach die inländische Behörde sogar zur Ausfolgung des Nachlasses an den Testamentserben befugt erscheine, das Amtsgericht Mannheim allerdings kompetent; der Erblasser habe aber sogar zu den Schutzgenossen gehört, und diese, zu welchen nach §. 4 die Rentner gehören, seien in §. 6 den Staatsangehörigen gleichgestellt.
6) Endlich wird aus der rechtlichen Natur des Beisatzbefehls, als einer provisorischen, möglichst rasch zu treffenden Maaßregel mit Bezug auf L.R.S. 1006. Brauer Erläuterungen Bd. VI. S. 164.
Zachariä Bd. IV. §. 609. 669.
Troplong ad art. 970. No. 1300.
„ „ „ 1008. No. 1822. 1826.
Jahrb. n. F. XIII. S. 317. Annalen XX. S. 345,
abgeleitet, daß das Stadtamtsgericht Mannheim zu dessen Erlassung zuständig sei und
7) überdies sei nach L.R.S. 102
L.R.S. 105.
Savigny, System Bd. VIII. §. 353. 355. 359.
Morstadt, Civilpr. Schlüssel §. 88.
Gilbert ad art 3. No. 62,
anzunehmen, daß der Erblasser in Mannheim seinen Wohnsitz gehabt habe, da er seit Juni 1842 bis April 1847 hier, vom April 1847 bis April 1856 in Karlsruhe sich aufgehalten und im April 1856 bereits 61 Jahre alt, nach Mannheim offenbar in der Absicht zurückgekehrt sei, hier, wo er im Februar 1860 sein Testament gemacht habe, seine Tage zu beschließen.

Das großh. Hofgericht bestätigte am 15. Oktbr. 1860 das amtsgerichtliche Erkenntniß, welches am 29. Oktober verkündet und (dem Adv. Bertheau) am 7. November behändigt wurde. Das Rechtsmittel „des Rekurses (der Oberappellation)" wurde am 30. Oktober angezeigt und 24. November ausgeführt.

Der rekurrentische Anwalt bestritt in der Rekursschrift, daß:

1) in der Einweisung eine Art einstweiliger Fürsorge erkannt werden könne; sie komme vielmehr der Auslieferung gleich und würde sich auf den im Inland befindlichen Vermögenstheil beschränken;
2) die Auslegung des L.R.S. 1007 nach der Uebersetzung „gelegen ist" richtig sei; vielmehr müsse dieser L.R.S. mit S. 110 zusammengehalten werden,
3) weßhalb auch die §§. 7. 16 und 41 ff. der Pr.O. nicht zur Anwendung kommen können;
4) daß der §. 16 der Pr.O., ohne daß ein Wohnsitz im Inland begründet sei, zur Anwendung komme, da es sich nach Jahrb. n. F. II. S. 462 auf Inländer beziehe.

Hierauf erließ das großh. Oberhofgericht in geheimer Sitzung vom 24. Dezbr. 1860 das Erkenntniß:

Der von Consul Eduard Weber und Rentner Albert Webee gegen das Urtheil des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises eingeführte Rekurs wird, unter Verfällung der Rekurrenten in die Kosten, als unbegründet verworfen.

Entscheidungsgründe.

Das hofgerichtliche Erkenntniß, gegen welches das

Digitized by Google

Rechtsmittel gerichtet, ist am 5. Oktober 1860, also zu einer Zeit ergangen, zu welcher das Gesetz vom 5. Juni 1860 (Reggsbl. No. 37) die Zuständigkeit und das Verfahren in Rechtspolizeisachen betr. nach Art. 12 desselben schon in Wirksamkeit getreten war. Der auf den Grund des Testaments in die Gewähr der Verlassenschaft des früheren königl. preußischen Generalkonsuls, R. Weber von Elberfeld, eingewiesene Neffe desselben, Arel Weber von Rosenkranz bei Kiel, hatte also, als ihm jenes Erkenntniß verkündet wurde, kein Recht darauf, daß dasselbe auf die Beschwerdeführung der Brüder des Erblassers, Eduard und Albert Weber, in letzter Instanz entscheide, wie dieses nach Art. 6 des prov. Gesetzes vom 16. August 1858 (Reggsbl. No. 40) der Fall gewesen wäre,

vrgl. v. Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen Bd. I. §. 26. Anmerk. 2. S 47. Ziff. 1., S. 48. Ziff. 2., S. 50. 51. Ziff. 3b.,

weil damals schon durch Art. 4 des Gesetzes vom 5. Juni 1860 ein Rekurs auch gegen hofgerichtliche Erkenntnisse unter Voraussetzungen gestattet war, welche in diesem Falle vorliegen.

Das Rechtsmittel der Oberberufung findet aber hier nicht etwa deßhalb statt, weil Einsprache gegen die Einweisung erhoben ist: denn die Einweisung ist nach Art. 3 Ziff. 5 ein Geschäft der freiwilligen Gerichtsbarkeit und wird dadurch, daß Dritte, welche als gesetzliche Erben betheiligt und eben deßhalb zur Einsprache berechtigt sind,

Siabel, Commiss.Bericht §. 6 S. 7. Ziff. 2,

Zachariä, fr. Civ.Recht §. 721. Note 4,

die Zuständigkeit der badischen Behörde, welche die Einsetzung in die Gewähr der Erbschaft erkannt hat, beanstanden und aus dem Inhalt des Testaments Nichtigkeitsgründe ableiten, nicht in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit hinübergerückt;

Commiss.Bericht der II. Kammer von Mays S. 7 unter II. und S. 8,

vrgl. Zachariä, fr. Civ.Recht §. 721. Note 4,

vielmehr bleibt betheiligten Dritten überlassen, ihre etwaigen Rechte gerichtlich auszutragen.

Zachariä, fr. Civ.Recht §. 721. Note 5.

1) Die gegen die Einweisung des Arel Weber aufgetretenen gesetzlichen Erben des R. Weber behaupten mit besonderem Nachdruck, daß das großh. Amtsgericht Mannheim zu jener Einweisung zuständig sei; allein mit Unrecht.

Vermögen, als Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, kann nicht ohne eine Person gedacht werden, in welcher — als ihrem Subjekte — dieselben vereinigt sind. Auch nach ihrem Tode wird diese Persönlichkeit fortwährend als zusammenhaltendes Subjekt des von ihr hinterlassenen Vermögens gedacht, bis der Erbe dieselbe dadurch aufnimmt, daß er in ihr Vermögen als Ganzes eintritt.

Puchta, Pandekten § 446.

Hieraus folgt, daß, wenn mit Bezug auf

L.R.S. 1007. 1008,

die Frage entsteht, wo das Erbe einer Person, die Verlassenschaft derselben, liegt oder gelegen ist, niemals der Ort, wo die dazu gehörenden Sachen sich befinden, sondern nur derjenige Ort entscheiden kann, wo der Verstorbene zur Zeit seines Ablebens seinen Wohnsitz hatte,

L.R.S. 110,

weil eine Erbschaft nur da eröffnet werden kann, wo das Subject des dieselbe bildenden Vermögens als vorhanden angenommen wird.

Der badische Gesetzgeber hat zwar, abweichend vom Texte des C. N., welcher überall nur von dem Orte, wo die Erbschaft eröffnet wurde, spricht, in dieser Hinsicht einmal von einer „angefallenen" (L.R.S. 110) oder „eröffneten" (L.R.S. 720. 812), ein anderesmal von einer „liegenden" oder „gelegenen" (L.R.S. 784. 793. 822. 1007) Erbschaft gesprochen; allein diese Ausdrücke sind nur verschiedene Bezeichnungsarten für einen und denselben Rechtsbegriff, da der badische Uebersetzer des C. N. nirgends andeutete, daß er verschiedene Begriffe mit jenen Worten verbinde, ohne eine solche Andeutung aber unter dem Orte des gelegenen Erbes (hereditatis jacentis) auch nach französischem Rechte nichts Anderes verstanden werden kann, als der Ort, wo die Erbschaft eröffnet ward,

Vergl. Zachariä franz Civ.Recht §. 145. Bd. I. S. 340. §. 590. 624. Bd. IV. S. 12. 117.

d. h. der Wohnort des Erblassers.

(Schluß folgt.)

Redakteur Oberhofgerichtsrath Strodtmann. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzeisen Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badiſchen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 5.

(Schluß von Art. 11.)

Bezüglich der Frage, wo das Erbe einer verſtorbenen Perſon liege, kann aber ſelbſtverſtändlich nur der bürgerliche, nicht der politiſche Wohnſitz entſcheiden, weil es ſich dabei nicht um ein öffentlich rechtliches Verhältniß, ſondern um Vermögensrechte, um Beziehungen, die dem bürgerlichen Rechte angehören, handelt. Deßhalb kommen hier die Beſtimmungen des VI. Conſt.Ed. über die öffentlich rechtlichen Verhältniſſe der Ausländer im Inland nicht zur Anwendung. Unter dem bürgerlichen Wohnſitz des Erblaſſers wird hier der allgemeine Wohnſitz verſtanden, d. h. derjenige Ort, an welchem er in Beziehung auf alle ſeine bürgerlichen Rechte und Verbindlichkeiten als bleibend und ununterbrochen gegenwärtig gedacht wird.

Zachariä, fr. Civ.R. §. 142. Bd. I. S. 334.

Der Erblaſſer, Richard Weber, hatte im Großherzogthum keinen geſetzlichen Wohnſitz im Sinne des Civilrechts.

ſ. Zachariä franz. Civ.Recht §. 143. Bd. I. S. 335.

Dagegen hatte er ſich in Mannheim ſeit einer Reihe von Jahren und zwar nicht etwa in einem Gaſthof oder bei einem Gaſtfreunde, ſondern in einer Privatwohnung, die er ſelbſt gemiethet und eingerichtet hatte, bis zu ſeinem Tode aufgehalten, iſt daſelbſt mit Hinterlaſſung eines eigenhändigen letzten Willens geſtorben und es iſt nicht dargethan, daß er blos zu einem vorübergehenden Zwecke oder nur für eine gewiſſe Zeit ſeinen Aufenthalt in Mannheim habe nehmen oder ſich niederlaſſen wollen, ebenſowenig iſt nachgewieſen, daß er noch an einem andern Orte eine Niederlaſſung gehabt habe, welche im Verhältniß zu der hieſigen als Hauptniederlaſſung gelten könnte, noch daß er durch irgend eine Handlung vor ſeinem Tode den Willen kundgegeben habe, ſeinen hieſigen ſtändigen Aufenthalt wieder aufzugeben.

Man kann daher ohne alles Bedenken annehmen, daß derſelbe in Mannheim mit der Abſicht, fortdauernd allda zu bleiben, ſich aufgehalten, dort ſeine Hauptniederlaſſung gehabt, alſo ſeinen wirklichen Wohnſitz gewählt und bis zu ſeinem Tode beibehalten habe.

L.R.S. 102. 103. 105.

Zachariä franzöſiſches Civ.Recht §. 144. Bd. I. S. 337.

Ebendeßhalb erſcheint Mannheim als der Ort des gelegenen Erbes deſſelben.

Die Thatſache, daß er trotzdem Ausländer blieb, d. h. im Großherzogthum Baden nicht auch in das Verhältniß eines Unterthanen eintrat, iſt für ſeine Wahl eines bürgerlichen Wohnſitzes daſelbſt ohne Erheblichkeit.

Zachariä franzöſiſches Civ.Recht Note 3. Bd. I. S. 338.

2) Auch die Aechtheit der Urkunde, auf welche der eingewieſene Erbnehmer ſeine Anſprüche gründet, iſt beanſtandet; allein beſondere Gründe zu Zweifeln an ihrer Aechtheit liegen nicht vor, ſonach entſcheidet für die Einweiſung die äußere Formrichtigkeit des Teſtaments.

Zachariä franzöſiſches Civ.Recht §. 721. Note 2. 4.
Stabel Commiſſionsbericht I. Kammer S. 7. Ziff. 2.

3) Hiernach können auch die dem Inhalt des Teſtaments entnommenen Anfechtungsgründe bei dem rechtspolizeilichen Akte der Einweiſung nicht geltend gemacht werden.

Der Rekurs erſcheint ſonach ungegründet.

Etf.

12.

1) Die bürgerlichen Gerichte ſind zuſtändig zur Entſcheidung civilrechtlicher Streitigkeiten über die bei der Amortiſationskaſſe hinterlegten Militär-Einſtandskapitalien.
2) Wenn der Unterrichter die Klage als vor den bürgerlichen Gerichten nicht ſtattfindend durch

Digitized by Google

Ladungsversagung abgewiesen hat, so kann das Obergericht nur hierüber entscheiden, muß also, wenn es die Zuständigkeit annimmt, abändernd erkennen, obwohl die Klage in Rechten nicht gegründet ist.

3) Die Genehmigung des Kriegsministeriums zu Verträgen über Militär-Einstandskapitalien kann auch stillschweigend erfolgen.

4) Die Hinterlegung von baarem Geld zur dritten Hand kann mit Zustimmung der Betheiligten gültig auch in anderer Weise, als durch Hinterlegung bei der Amortisationskasse geschehen, und befreit den Schuldner vollständig.

Nach §. 49 des Conscriptions Gesetzes vom 14. Mai 1825 (Regbl. S. 81), welches durch §. 1 des Gesetzes vom 13. Februar 1851 (Regbl. No. XIII.) wieder für gültig erklärt und hierin nirgends abgeändert worden ist, sollen die Militär-Einstandskapitalien hinterlegt werden und während der Dienstzeit des Einstehers unablöslich stehen bleiben. Als Hinterlegungskasse ist dort die General-Einstands-Gelder-Kasse bestimmt, an deren Stelle jedoch nach Verordnung vom 27. Juni 1834 (Regbl. No. 30) und nach dem Gesetz vom 20. Mai 1835 (Regbl. S. 127) die Amortisationskasse trat.

In §. 7 des erwähnten Gesetzes vom 13. Februar 1851 heißt es:

„So lange die Haftungsverbindlichkeit des Einstellers besteht, können Einstandskapitalien und deren nicht verfallene Zinsen weder Gegenstand eines Vertrags noch einer gerichtlichen Beschlagnahme sein."

„Ausnahmsweise kann das Kriegsministerium — vorbehaltlich der Rechte des Einstellers — solche Verträge gestatten."

Nach §. 51, 54, 55 des Conscriptionsgesetzes vom 14. Mai 1825 haftet der Einsteller für den Einsteher während der ganzen gesetzlichen Dienstzeit in der Weise, daß er im Falle von dessen Entweichung gegen Rückempfang des Einstandskapitals zum Selbstdienste verpflichtet ist; nur wenn der Einsteher vor Beendigung der Dienstzeit stirbt, vermißt oder wegen Verbrechen vom Kriegsdienste verstoßen wird, wird der Einsteller schon früher seiner Haftungsverbindlichkeit entledigt.

Am 5. August 1859 hatte nun Soldat Ambros Clevenz von seinem guthabenden Einstandskapital den Betrag von 62 fl. dem Joseph Nonnenmacher zu Eigenthum abgetreten. Nonnenmacher legte sofort dem gr. Kriegsministerium diese Urkunde mit Bitte um Vormerkung der Cession vor, ward jedoch durch Entschließung vom 22. August 1859 zurückgewiesen. Unter'm 29. März 1860 erneuerte Nonnenmacher sein Gesuch, erhielt jedoch keinen Kriegsministerialbescheid, weil am 1. April 1860 die Dienstzeit des Cedenten Clevenz abgelaufen, also das Einstandskapital fällig war; indessen theilte doch das Kriegsministerium dies wiederholte Gesuch dem betreffenden Regimentscommando, in dessen Kasse das Einstandskapital abgeliefert worden war, zur weiteren Verfügung mit, und dies Commando ließ dem Clevenz bei Auszahlung des Einstandskapitals den cedirten Betrag von 62 fl. abziehen, zahlte solchen aber auch dem Nonnenmacher nicht aus, weil Clevenz die Cession beanstandete, und hinterlegte endlich, um das Geld nicht länger in seiner Kasse zu haben, mit Zustimmung des Clevenz und des Nonnenmacher die 62 fl. bei dem Bürgermeisteramte der Heimathsgemeinde des Cedenten Clevenz.

Statt gegen Clevenz zu klagen, erhob nunmehr Nonnenmacher eine Klage gegen das Kriegsministerium als Vertreter der Amortisationskasse auf Bezahlung der 62 fl., worin er jedoch die Hinterlegung bei dem Bürgermeisteramte nicht erwähnte, sondern sich nur auf seine Cession und die Beendigung der Dienstzeit des Cedenten Clevenz berief, auch, allerdings unvollständig, die seiner Cession von Seiten der Militärbehörden zu Theil gewordene Berücksichtigung anführte.

Der Unterrichter erkannte unterm 12. Juli 1860 daß die Klage vor den Gerichten nicht stattfinde, was er damit begründete, daß die Hinterlegung der Militäreinstandskapitalien bei der Amortisationskasse dem öffentlichen Rechte angehöre.

Auf die vom Kläger hiergegen ausgeführte Berufung ward diese Ladungsversagung durch Urtheil des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 21. August 1860 aufgehoben und die Sache zur weiteren Entscheidung an das Amtsgericht zurückgewiesen.

Bei der Berathung war man darüber einig, daß die Ladungsversagung nicht gerechtfertigt sei, allein der Vorträgerstatter beantragte dennoch die Bestätigung, weil er die Cession nach L.R.S. 1131. 1133 und dem oben mitgetheilten §. 7 des Gesetzes vom 13. Februar 1851 als

Digitized by Google

nichtig, mithin die Klage als in Rechten nicht gegründet erachtete, und der Ansicht war, daß demnach die vom Untergerichter gewählte Form der Ladungsverfagung als ein Geringeres den Kläger, Appellanten, nicht beschwere. Gewiß mit Recht wurde dem aber entgegengehalten, daß, da der Unterrichter nur über die Vorfrage der Zuständigkeit erkannt habe, der materielle Gehalt der Klage gar nicht der oberrichterlichen Entscheidung unterliege, das Hofgericht sich vielmehr nach Pr.O. §§. 5. 1177 lediglich auf Prüfung der erhobenen Beschwerde zu beschränken habe, und andernfalls dem Kläger eine Instanz entziehen würde, wenn es die vom Unterrichter noch gar nicht erörterte rechtliche Begründung der Klage zur Grundlage des obergerichtlichen Urtheils machen wollte.

Demgemäß wurde in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen nur die Frage der Zuständigkeit der Gerichte geprüft und darüber Folgendes gesagt:

„In Erwägung, daß die Militäreinstandscapitalien in keiner der hierüber bestehenden gesetzlichen Bestimmungen (§. 49 des Gesetzes vom 14. Mai 1825; §. 1 des Gesetzes vom 13. Februar 1851; Verordnung vom 27. Juni 1834; Gesetz vom 20. Mai 1835) dem Erkenntniß der bürgerlichen Gerichte entzogen sind, vielmehr nach bekannten Auslegungsregeln aus §. 7 des Gesetzes vom 13. Februar 1851 das Gegentheil folgt;

„In Erwägung, daß nemlich dort nur für die Dauer der Haftbarkeit des Einstellers richterliche Beschlagsverfügungen ausgeschlossen, damit aber andere Erkenntnisse der Gerichte zugelassen sind, was hier um so mehr gelten muß, als nach Behauptung der Klage der Einsteher seine Kapitulation ausgedient hat, mithin jene Beschränkung sogar ganz wegfällt;

„In Erwägung, daß auch der Grund der Hinterlegung der Einstandscapitalien zu keiner anderen Ansicht Anlaß gibt, indem derselbe weniger darin besteht, dem Staate die Dienste des Einstehers zu sichern, indem ja dem Staate der Einsteller verhaftet bleibt, als vielmehr darin, dem Einsteller eben wegen jener Haftbarkeit eine Sicherheit für den Vollzug des mit dem Einsteher abgeschlossenen Einstandsvertrages zu gewähren, was in den Bereich des bürgerlichen Rechts fällt;

„In Erwägung, daß demnach der Kläger, Appellant, durch die Ladungsverfagung beschwert ist ꝛc."

Das Untergericht verfagte nunmehr nochmals die Ladung, weil es den vor Ablauf der Dienstzeit des Einstehers abgeschlossenen Cessionsvertrag für nichtig ansah, das Obergericht aber hielt die Klage für zulässig, erkannte Ladung und wies den Kläger erst nach gepflogenen Verhandlungen auf Grund von Einreden ab, worüber die Entscheidungsgründe zum hofgerichtlichen Urtheile vom 26. November 1860 Folgendes enthalten:

„Wie schon durch das diesseitige Erkenntniß vom 1. Oktober 1860 angedeutet ist, erscheint die erhobene Klage als in Rechten gegründet. Im Hinblicke auf L.R.S. 1689 konnte nemlich dagegen nur das eine Bedenken obwalten, daß die Cession eines Theiles des Einstandskapitals zu der Zeit geschah, als der Cedent Clevenz gemäß Gesetz vom 13. Februar 1851 (Reg Bl. S. 135) und Gesetz vom 14. Mai 1825 (Reg Bl. S. 81) noch Soldat war, mithin gemäß §. 7 des ersteren und §. 51 des letzteren Gesetzes in Verbindung mit L.R.S. 1131. 1133 nicht gültig durch Vertrag über das Einstandskapital und dessen nicht verfallene Zinsen verfügen konnte. Allein dieser Anstand erledigt sich dadurch, daß nach dem Schlußsatze von §. 7 des Gesetzes vom 13. Februar 1851 das Kriegsministerium befugt ist, einen solchen Vertrag — vorbehaltlich der Rechte des Einstellers — zu genehmigen, welche Genehmigung natürlich auch stillschweigend durch Handlungen geschehen kann. Eine derartige Genehmigung war aber in der Klage behauptet, da nach deren Angaben das Kriegsministerium auf Vorlage der Cessionsurkunde sowohl die Hinterlegungskasse als auch die Regimentsverrechnung davon in Kenntniß setzte und dem Clevenz der rediste Betrag vorenthalten wurde, was ein Anerkenntniß der Gültigkeit der Cession enthält.

So hat denn auch der beklagte Theil in seiner Vernehmlassung auf die Klage die Richtigkeit der Cession auf Grund des §. 7 nicht geltend gemacht, vielmehr die Klage in einer Weise bekämpft, welche das Aufgeben jenes Anfechtungsgrundes und eine thatsächliche Genehmigung der Cession darstellt.

Wenn der beklagte Theil die Unzuständigkeit der Gerichte vorschützte, so widerlegt sich dies aus dem diesseitigen Erkenntniß vom 21. August 1860. Erheblich ist dagegen der weitere Einwand der Hinterlegung des rediten Geldes bei dem Bürgermeisteramte Malsch, wodurch die Klage in doppelter Richtung als zerstört erscheint. Einmal

Digitized by Google

nemlich liegt darin eine Zahlung des Beklagten an den Gewalthaber des urſprünglichen Forderungsberechtigten, welche nach L.R.S. 1239 dieſem gegenüber und nach L.R.S. 1690. 1691 dem Kläger gegenüber gültig iſt, da Kläger weder eine feierliche Bekanntmachung der Ceſſion an den beklagten Theil, noch eine ausdrückliche, urkundliche Annahme der Ceſſion durch dieſen behauptet hat. Zum Andern bildet jener Vorgang eine nach L.R.S. 1956 und § 2 der Vollzugsverordnung vom 28. Dezember 1837 (Reg Bl. 1838. No. 1) gültige Hinterlegung zur dritten Hand, welche gerade zu dem Zwecke geſchah, um den bei dem Streite zwiſchen Cedent und Ceſſionar unbetheiligten Beklagten von dieſer Sache zu befreien, weßhalb zufolge L.R.S. 1134. 1135 der Kläger kein Recht mehr hat, ſich mit ſeiner Forderung an den Beklagten zu wenden.

Demnach ꝛc."

Dr. Bucheit.

13.

Kaſſationsfall.

Das Verbrechen der Gewaltthätigkeit ſetzt nach §. 278 des Str.G.B.

1) als Zweck eine rechtswidrige Nöthigung zu einer Handlung, Unterlaſſung oder Duldung,
2) als Mittel zur Erreichung dieſes Zwecks: die Zufügung von Gewalt

voraus. Das Erdulden der Gewalt an ſich kann daher nicht als Zweck dieſes Verbrechens aufgefaßt werden.

In U.S. gegen Chriſtoph Betz von Mannheim, wegen Nothzuchtsverſuchs, wurden den Geſchworenen 3 Fragen vorgelegt:

1) Hat der Angeklagte in der Abſicht, die ledige Pauline G. durch thätliche Gewalt zum außerehlichen Beiſchlaf zu nöthigen, Handlungen verübt, durch welche die Ausführung des beabſichtigten Verbrechens angefangen wurde?
2) Iſt Pauline G. in Anſehung der Geſchlechtsehre von unbeſcholtenem Rufe?
3) Hat der Angeklagte das nach Frage 1 beabſichtigte Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben?

Sämmtliche Fragen wurden bejaht, worauf der großh. Staatsanwalt nur den Antrag ſtellte, den Angeklagten in die Koſten des Strafverfahrens zu verurtheilen.

Der Schwurgerichtshof erließ ſodann, nach gepflogener Berathung, ein Urtheil dahin, daß der Angeklagte von der Anſchuldigung des Verſuchs der Nothzucht freizuſprechen, derſelbe jedoch in die Koſten des Strafverfahrens zu verurtheilen ſei, und begründete dieſes Urtheil damit, daß zwar die nach jenem Wahrſpruch von dem Angeklagten verübte Handlung nach §. 335. V. und §. 106 d. Str.-G.B. den Thatbeſtand des nicht beendigten Verſuchs des Verbrechens der Nothzucht enthalte, der Angeklagte aber hierwegen nach §. 117 des Str.G.B. ſtraflos bleiben müſſe, weil nach dem Wahrſpruch derſelbe das beabſichtigte Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben habe.

Gegen dieſes am 18. Dezember 1860 erlaſſene und verkündete Urtheil erhob der großh. Staatsanwalt innerhalb der geſetzlichen Friſt die Nichtigkeitsbeſchwerde mit Bezug auf §. 115. Ziff. II. des Einf.G. vom 5. Februar 1851, weil der Schwurgerichtshof in ſeinem Urtheil mit Unrecht angenommen habe, daß die den Grund der Anklage bildenden und durch den Wahrſpruch feſtgeſtellten Handlungen des Angeklagten durch kein Geſetz mit Strafe bedroht ſeien, während der Angeklagte auf Grund des Wahrſpruchs zufolge der Schlußbeſtimmung des §. 117 des Str.G.B. nach §. 278 des Str.G.B. wegen Gewaltthätigkeit in die daſelbſt beſtimmte Strafe hätte verurtheilt werden ſollen. Mit Bezug auf §. 117 Ziff. 3 des Einf.G. wurde der Antrag geſtellt:

> das Urtheil des Schwurgerichtshofs, ſoweit es den Angeklagten Chriſtoph Betz von jeder Strafe freiſpricht, unter Verurtheilung deſſelben in die Koſten der Nichtigkeitsbeſchwerde, aufzuheben und zu erkennen, daß Chriſtoph Betz der Gewaltthätigkeit für ſchuldig zu erklären und deßhalb in eine angemeſſene nach §§. 278. 149—152 d. Str.G.B. zu beſtimmende Freiheitsſtrafe zu verurtheilen ſei.

Vom großh. Oberhofgericht wurde aber nach gepflogener Verhandlung am 1. Februar 1861 zu Recht erkannt:

> die Nichtigkeitsbeſchwerde des großh. Staatsanwalts gegen das Urtheil des Schwurgerichtshofs des Unterrheinkreiſes vom 18. Dezember v. J. ſei

Digitized by Google

unter Verfällung der großh. Staatskasse in die dadurch veranlaßten Kosten als unbegründet zu verwerfen.

Entscheidungsgründe.

Der großh. Staatsanwalt hat gegen das Urtheil des unterrheinischen Schwurgerichtshofs vom 18. Dezember v. J. die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, weil der Angeklagte völlig freigesprochen worden sei, während derselbe auf Grund der Bejahung der ersten, an die Geschworenen gerichteten Frage wenigstens wegen Gewaltthätigkeit hätte bestraft werden sollen.

Durch die bejahende Beantwortung jener ersten Frage ist nun zwar allerdings festgestelt, daß der Angeklagte thätliche Gewalt gegen Pauline G. angewendet hat. Allein wenn auch nach gemeinem Strafrechte jede Vergewaltigung einer Person — wenn die That nicht in ein bestimmtes anderes Verbrechen übergeht — den Thatbestand des Verbrechens der Gewaltthätigkeit begründen kann, so hat doch jenes vage Aushilfsverbrechen in dem badischen Strafgesetzbuch keine Stelle gefunden, sondern es ist nach §. 278 desselben zum Verbrechen der Gewaltthätigkeit erforderlich, daß, außer der Zufügung der Gewalt noch ein bestimmter Zweck des Thäters erreicht werden will; es muß, wie obige Gesetzesstelle sich ausdrückt, durch die Anwendung der widerrechtlichen thätlichen Gewalt eine Nöthigung zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung stattfinden. Es genügt also nicht eine Gewaltanwendung für sich allein, sondern diese muß das Mittel zu einer noch weiteren Rechtsverletzung, nämlich der Nöthigung zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung sein. Unter dem letztern Ausdruck ist deßhalb nicht das Erdulden der Gewalt, sondern dasjenige Dulden zu verstehen, welches der Thäter vermittelst der Vergewaltigung zu erreichen gesucht hat, sonst müßte jede Mißhandlung einer Person unter das Verbrechen der Gewaltthätigkeit fallen.

Der Angeklagte hatte nun zwar allerdings mit der Gewaltanwendung gegen Pauline G. einen bestimmten Zweck erreichen, nämlich den Beischlaf mit derselben vollziehen wollen; allein dieser Zweck kann bei der rechtlichen Beurtheilung seiner That jetzt nicht mehr in Betracht kommen, nachdem die Geschworenen durch die Bejahung der 3. Frage ausgesprochen haben daß der Angeklagte jenen Zweck freiwillig wieder aufgegeben habe. Daß von ihm aber außer der Erzwingung des Beischlafs eine sonstige Nöthigung der Pauline G. zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung beabsichtigt gewesen sei, ist weder von jener behauptet, noch dem Angeklagten in der Untersuchung oder in der Anklage zur Last gelegt, und wenn man sich daher die auf die Nöthigung zum Beischlaf gerichteten Handlungen hinwegdenkt — wie dies jetzt geschehen muß — so bleibt nur die Zufügung, beziehungsweise das Erdulden von Gewalt noch übrig. Dadurch allein kann aber, wie oben gezeigt, der Thatbestand des Verbrechens der Gewaltthätigkeit im Sinne des §. 278 des Str.G.B. nicht begründet werden.

Wenn also der Schwurgerichtshof den Angeklagten nicht wegen Gewaltthätigkeit für strafbar erkannt hat, so wurde dadurch das Gesetz nicht verletzt und erscheint darum die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als verwerflich.

Stf.

14.

Kann der in erster Reihe baupflichtige Kirchenfond von dem subsidiär baupflichtigen Zehntherrn den Ersatz der Kosten für Bauhandlungen verlangen, die nicht auf obrigkeitliche Anordnung, sondern freiwillig, nicht unter Rechtsverwahrung, sondern ohne allen Vorbehalt geschahen, wenn sich auch nachher die Insufficienz des Kirchenfonds herausstellt?

Von der Unionsverwaltung der verschiedenen Kirchenfonds des Amtsbezirkes Stühlingen wurden in den Jahren 1844 bis 1850 die auf die Kirchen und das Pfarrhaus zu Stühlingen aufgewandten Baukosten im Betrage von 946 fl. 40 kr. bestritten. Schon am 8. Juni 1844 erfolgte die landesherrliche Genehmigung zur Aufhebung der Vereinigung der verschiedenen Kirchenfonds, die factische Aufhebung und Theilung des Kirchenvermögens verzögerte sich aber bis zum Jahr 1855, wobei die fraglichen Kosten dem Kirchenfond Stühlingen aufgerechnet wurden und sich zugleich herausstellte, daß dieser Fond schon im Jahr 1844 insufficient war. Der Kirchenfond Stühlingen verlangte daher von der Standesherrschaft

Digitized by Google

Fürſtenberg und der Pfarrei Stühlingen als Zehentherren den Erſatz für aufgewendete Koſten. In I. Inſtanz wurden die Zehntherrn zur Bezahlung von nur 803 fl. 22 kr. verurtheilt, in II und III. Inſtanz wurde der Kirchenfond mit der Klage abgewieſen. In den Entſcheidungsgründen zum Urtheil des Hofgerichts des Seekreiſes vom 13. April v. J. iſt geſagt:

Der klagende Kirchenfond war in erſter Reihe ſelbſt zur Beſtreitung der fraglichen Koſten verpflichtet, und hat er ſie bezahlt, beziehungsweiſe die aus dem Unionsvermögen geleiſteten Zahlungen ſich aufrechnen laſſen, ſo hat er damit zunächſt eine eigene Verbindlichkeit erfüllt, und nicht als Geſchäftsführer Dritter gehandelt. Es wird zwar den Beklagten gegenüber geltend gemacht, daß nach dem Ergebniſſe der Theilung des Unionsvermögens der Kirchenfond Stühlingen ſchon von 1844 an nicht vermögend geweſen ſei, ohne Einſchränkung ſeiner eigentlichen Zweckslaſten auch noch Baukoſten zu beſtreiten, und daß deßhalb die Beklagten als Zehntherren ſubſidiär verpflichtet geweſen ſeien, die in Frage ſtehenden Baukoſten zu tragen, allein wenn auch das Baueditt den Kirchenfond berechtigt, im Falle nachgewieſener Inſufficienz ſich der ihm primär obliegenden Baupflicht zu entſchlagen und ſolche auf die ſubſidiär baupflichtigen Zehntherrn zu überwälzen, ſo folgt hieraus noch nicht, daß auch dann, wenn ein Kirchenfond dieſes nicht gethan, vielmehr ſich ſelbſt der Baupflicht unterzogen hat, ihm wegen der dadurch bewirkten Entkräftung ein Anſpruch an die Zehntherrn auf Wiederergänzung durch Erſatz der beſtrittenen Baukoſten zuſtehe; es kann dieſes namentlich dann nicht der Fall ſein, wenn unterlaſſen wurde, vor unternommenen Bauten die Zehntherrn über deren Nothwendigkeit und Nützlichkeit und über das Maas der erforderlichen Leiſtungen zu hören und eintretendenfalls eine Entſcheidung der zuſtändigen Verwaltungsbehörde zu erwirken, und gerade in dem vorliegenden Falle iſt es beſtritten, ob die Bauten, wegen welcher die Beklagten als Zehntherrn nachträglich in Anſpruch genommen werden, ſeiner Zeit nothwendig und nützlich waren, und der klagende Fond hat nicht behauptet, daß die Verwaltungsbehörde, welcher allein die Entſcheidung hierüber zuſteht, durch eine für die Beklagten maaßgebende Entſcheidung obige Frage zu deren Nachtheil entſchieden habe.

Und die Motive zum Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 25. September v. J. lauten:

Der klagende Fond iſt durch das hofgerichtliche Urtheil nicht beſchwert; denn er kann die Koſten für Bauhandlungen, welche von ihm zur Erfüllung ſeiner eigenen Baupflicht bereits beſtritten ſind, nicht dem ſubſidiär baupflichtigen Zehntherrn nachträglich aufbürden, deſſen Verpflichtung bei den Bauhandlungen nicht in Frage kam, weil die Baukoſten ohne Rückſicht darauf, daß der klagende Fond keinen Ueberſchuß hatte (§§. 3. 6 des Baueditts), aus der Kaſſe der damals trotz der bereits ausgeſprochenen Trennung noch vereinigten Fonds für ihn beſtritten wurden.

Indem er ſich dieſe Handlung zu eigen macht, ſtützt der klagende Fond ſeinen Erſatzanſpruch auf

a) den §. 4 des Baueditts, der jedoch hier nicht einſchlägt, wo die Bauhandlung von dem in erſter, nicht dem in letzter Reihe Verpflichteten, nicht auf obrigkeitliche Anordnung, ſondern freiwillig, nicht unter Rechtsverwahrung, ſondern ohne allen Vorbehalt geſchah;

b) auf die L.R.S.S. 1372. 1375. Allein von einer Führung der Geſchäfte der Beklagten kann deßhalb nicht die Rede ſein, weil die gemeinſchaftliche Verwaltung durch das Bauen eine Verbindlichkeit des klagenden Fonds, wenn auch mit fremden Mitteln, beſorgt hat, während dieſer wegen ſeiner Mittelloſigkeit dieſe ſeine Verbindlichkeit hätte ablehnen können. Die Unterlaſſung des Gebrauchs dieſer Ablehnungsbefugniß kann als eine, der Vergangenheit angehörige Thatſache nicht zum Nachtheil der Beklagten ungeſchehen gemacht werden.

Aus dieſen Gründen wurde, wie geſchehen, erkannt.

Hgr.

15.

Die Wirkungen der Stellung unter polizeiliche Aufſicht beginnen kraft Geſetzes ſofort mit dem Tage der Entlaſſung des Verurtheilten aus der Strafhaft; der Thatbeſtand des Bruchs der polizeilichen Aufſicht wird ſonach dadurch nicht ausgeſchloſſen, daß dem Verurtheilten nach der Entlaſſung aus der Strafanſtalt die Wirkungen der Stellung unter polizeiliche Aufſicht nicht eröffnet worden ſind.

§. 27. 28 St.G.B.

Vgl. Annal. 1857 (XXIV.) No. 28 II. S. 221.

Andreas Lang von Welſchingen wurde durch hofgerichtliches Urtheil vom 21. Januar 1857, welches ihm

Digitized by Google

am 27. verkündet wurde, wegen dritten Diebstahls, Betrugs und Fälschung zu Arbeitshausstrafe verurtheilt und auf die Dauer eines Jahres unter polizeiliche Aufsicht gestellt.

Am 30. Januar 1858 erfolgte seine Entlassung aus dem Arbeitshause in Freiburg und am 1. Februar stellte er sich bei dem gr. Bezirksamte Engen, welches ihn einfach in seinen Heimathsort Welschingen verwies und der Beaufsichtigung des dortigen Bürgermeisteramts empfahl. Am 5. Februar 1858 entfernte er sich aber heimlich von Welschingen, ungeachtet ihm von der Polizeibehörde die Verabfolgung eines Wanderbuchs verweigert worden war, und trieb sich 4 Monate lang unter allerlei Vorwänden theils in der Schweiz, theils im Vorarlbergischen bei Bregenz, theils im Bayerischen bei Lindau, theils endlich im Württembergischen herum, bis er am 16. Juni 1858 im Bezirk des königl. Württembergischen Oberamts Ravensburg wegen Mangels an Ausweis verhaftet und an das großh. Bezirksamt Engen abgeliefert wurde.

Das gr. Amtsgericht Engen nahm ihn auf Antrag der Polizeibehörde wegen Bruchs der polizeilichen Aufsicht in Untersuchung, legte aber die Akten dem großh. Hofgerichte des Seekreises mit Bezug auf §. 18 des Einf.-Gesetzes vom 5. Februar 1851 zur Aburtheilung vor, indem es ausführte, daß eine, die amtsgerichtliche Strafgewalt übersteigende Strafe wegen der langen Dauer des Herumziehens und der dabei unterlaufenen Täuschung Anderer werde erkannt werden müssen.

Das großh. Hofgericht des Seekreises erkannte jedoch am 3. Juli 1858, es sei wegen Mangels einer gerichtlich strafbaren Handlung kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung des Angeschuldigten Andreas Lang vorhanden, weil zwar durch Urtheil vom 21. Januar 1857 ausgesprochen worden sei, daß Andreas Lang nach erstandener Strafe unter polizeiliche Aufsicht zu stellen, diese Anordnung aber nicht in Vollzug getreten sei, indem dem Angeschuldigten nach seiner Entlassung aus der Strafanstalt die Wirkungen der Stellung unter polizeiliche Aufsicht nicht eröffnet worden, auch weder dem Bürgermeisteramt noch der Gendarmerie die vorgeschriebenen Weisungen wegen Ueberwachung des Vollzugs zugegangen seien; §. 28 d. St.G.B.

V.O. des großh. Justizministeriums vom 31. Juli 1852. (V.O.Bl. für den Seekreis S. 93.)

V.O. des großh. Ministeriums des Innern vom 7. August 1852. (V.O.Bl. für den Seekreis S. 99.)

weil hiernach der Angeschuldigte zur Zeit seiner Entfernung von Haus nicht als unter polizeiliche Aufsicht gestellt betrachtet werden könne.

Der großh. Staatsanwalt führte hiergegen Beschwerde, indem er ausführte:

„Die in der Verfügung des großh. Ministeriums des Innern enthaltenen Bestimmungen sind bloße Vollzugsvorschriften für die Polizeibehörden und blos für diese maaßgebend, nicht aber für den Angeschuldigten, für welchen lediglich die gesetzlichen Vorschriften in §. 27 u. 28 des St.G.B. Ziel und Maaß geben. Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen besteht nun die Wirkung der polizeilichen Aufsicht hauptsächlich darin, daß der unter polizeiliche Aufsicht Gestellte seinen Heimaths- oder Aufenthaltsort ohne Erlaubniß der Polizeibehörden nicht verlassen darf. Und der Angeschuldigte kann sich nicht damit entschuldigen, daß ihm dieses nicht bekannt gewesen sei, indem nach L.R.S. 1b Jedermann die Gesetze kennen muß und nach §. 73 des St.G.B. Nichtwissen des Strafgesetzes die gesetzliche Strafe nicht ausschließt. Auch wurde der Angeschuldigte auf jene Wirkungen der Stellung unter polizeiliche Aufsicht genugsam dadurch aufmerksam gemacht, daß er beim Eintreffen aus der Strafanstalt nach Hause gewiesen und ihm kein Wanderbuch oder sonstige Ausweise behändigt wurden. Ueberdies ist anerkannt, daß die Entlassung aus der Strafanstalt derjenige Zeitpunkt ist, wo die Stellung unter polizeiliche Aufsicht zu laufen beginnt, und daß der Lauf nicht etwa dadurch aufgehalten werden kann, daß die Polizeibehörde unterlassen hatte, die zur Wirksamkeit der polizeilichen Aufsicht dienenden Maaßregeln anzuordnen, indem die rechtliche Wirksamkeit gerichtlicher Strafurtheile nicht in völlige Abhängigkeit gesetzt werden darf von der Thätigkeit einer Polizeibehörde. (Vgl. Annalen XXIV. S. 221.)

Ist dieses richtig, was sich nicht bestreiten läßt, so folgt daraus von selbst, daß mit jenem Zeitpunkt, d. h. mit der Entlassung des Sträflings aus der Strafanstalt auch der Eintritt der Wir-

Digitized by Google

kungen der Stellung unter polizeiliche Aufsicht beginnt, und daß, wenn der Sträfling die Vorschriften in §. 27 des St.G.B. übertritt, er sich des Bruches der polizeilichen Aufsicht schuldig macht. Großherzogliches Ministerium des Innern hält selbst diese Auslegung für die richtige, indem in der mehr allegirten Verfügung vom 7. August 1852, No. 11,241, Ziff. 7 gesagt ist: „Im Falle ein Sträfling nach Entlassung aus der Strafanstalt vor dem Amte seiner Heimath sich gar nicht, oder mit Rücksicht auf die in dem Laufpaß bestimmte Zeit verspätet stellt, so ist hievon, so wie überhaupt von jedem Bruche der polizeilichen Aufsicht sogleich dem zuständigen Gerichte Nachricht zu geben und der geeignet scheinende Strafantrag zu stellen."

Daraus geht doch unzweifelhaft hervor, daß die Staatsbehörde selbst die Ansicht als die allein richtige theilt, daß die rechtliche Wirksamkeit der Stellung unter polizeiliche Aufsicht von der Thätigkeit der Polizeibehörden nicht abhängig ist, und nicht abhängig gemacht werden darf, und die daselbst angeordneten Maaßregeln nichts anderes sind und sein sollen, als bloße **Vollzugsvorschriften** für die Polizeibehörden."

An großh. Oberhofgericht wurde hiernach der Antrag gestellt, nach §. 36 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 das hofgerichtliche Erkenntniß vom 3. Juli 1858 aufheben und diese Sache an großh. Hofgericht zur Verhandlung und Entscheidung in mündlicher Schlußverhandlung zurückweisen zu wollen.

Das großh. Oberhofgericht erließ am 20. September 1858

in Erwägung daß, wenn in einem Strafurtheile gegen einen Angeschuldigten, sei es in Gemäßheit der allgemeinen Bestimmungen der §§. 25. 43 des St.G.B. oder zufolge der besonderen Vorschriften der §§. 481 und 642 des St.G.B. auf Stellung unter polizeiliche Aufsicht erkannt, oder, was dasselbe ist, ausgesprochen wird, daß er unter polizeiliche Aufsicht zu stellen sei, die Wirkungen, welche der §. 27 mit dieser Anordnung verbindet, und welche der Verurtheilte ebenso kennen muß, wie die übrigen Bestimmungen des St.G.B., §. 73 desselben, sofort nach Erstehung der gegen denselben verhängten Freiheitsstrafe kraft Gesetzes eintreten, und deren Eintritt durch keine weitere Vollzugshandlung von Seite des vollstreckenden Richters, §. 343 d. St.Pr.O., namentlich weder eine Benachrichtigung der Polizeibehörde, noch eine Bestimmung des Anfangstermins der polizeilichen Aufsicht, noch eine deßfallsige besondere Eröffnung an den Verurtheilten bedingt ist;

in Erwägung, daß wenn daher auch in dem vorliegenden Fall zum Vollzug der gegen den Angeschuldigten erkannten Stellung unter polizeiliche Aufsicht nichts weiter geschehen, namentlich weder in dem desfallsigen Urtheil vom 21. Januar 1857, noch in einer spätern Verfügung des Strafrichters bezüglich des Anfangs fraglicher Maßregel etwas bestimmt worden ist, insbesondere nicht angeführt wurde, daß sie unmittelbar nach Vollzug der Freiheitsstrafe beginne, dieselbe gleichwohl am 30. Januar d. J. wirksam wurde, da mit diesem Tage der Angeschuldigte die gegen ihn erkannte Strafe erstanden hatte; es sich aber von selbst versteht, daß die Aufsicht erst nach dem Strafvollzuge zu beginnen hat und daß sie, um ihres Zweckes willen auch unmittelbar und sogleich nach dem Strafvollzug beginnen muß;

in Erwägung, daß hiernach der Angeschuldigte, als er im Februar seinen Heimathsort ohne Erlaubniß verließ, bereits zu den unter polizeiliche Aufsicht gestellten Personen gehörte, und daß somit die That desselben unter die Strafbestimmung des §. 28 des St.G.B. fällt.

Aus diesen Gründen, sodann nach Ansicht des §. 36 d. Einf.G vom 5. Februar 1851 wird auf die Beschwerde des großh. Staatsanwalts — das Erkenntniß des großh. Hofgerichts des Seekreises vom 3. Juli d. J. No. 3309 besagend ꝛc.

aufgehoben und die Sache an das großh. Hofgericht zurückgewiesen, um nach gepflogener mündlicher Schlußverhandlung, wobei keiner der früheren Richter mitzuwirken hat, ein Erkenntniß zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt bis zum Enderkenntnisse über die Hauptsache ausgesetzt.

Das großh. Hofgericht des Seekreises erließ dann am 16. Dezbr. 1858 auf mündliche Schlußverhandlung das Urtheil, Andreas Lang von Welschingen sei des Bruchs der polizeilichen Aufsicht für schuldig zu erklären und deßhalb zu einer, durch 6 Tage Dunkelarrest und 8 Tage Hungerkost geschärften, Gefängnißstrafe von 4 Wochen, sowie in die Kosten des Strafprozesses und der Urtheilsvollstreckung zu verurtheilen.

In den Gründen ist auch ausgesprochen, daß die in §. 27 d. St.G.B. aufgeführten Folgen gegen den unter polizeiliche Aufsicht Gestellten selbstverständlich kraft Gesetzes sofort mit dem Tage der Entlassung des Verurtheilten aus der Strafhaft beginnen und eintreten mußten. Stf.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 6.

16.

Zum Thatbestand längerer Mißhandlung oder Peinigung (§. 229 der Str.G.B.) gehört die planmäßige Ausführung eines und desselben mit Vorbedacht gefaßten Vorsatzes.

Annal. 1855 (XXII.) No. 11. S. 86. Ziff. 4.
No. 39. I. S. 305—307.
„ 1856 (XXIII.) No. 51. I. S. 401—404.

Am 1. Juni v. J. Nachts, ungefähr um 9 Uhr, versammelte sich auf der Straße vor dem Friedhofe zu Lahr eine Menge Menschen, weil sich das Gerücht verbreitet hatte, daß der Leichnam der wenige Tage zuvor beerdigten Dorothea Schuhmacher, der 14jährigen Tochter des Taglöhners Andreas Schuhmacher und Stieftochter der zweiten Ehefrau desselben, Elisabeth geb Blatt, wieder ausgegraben werde, um darüber Untersuchung anzustellen, ob es — wie vermuthet wurde — gegründet sei, daß das Mädchen in Folge fortgesetzter Mißhandlungen von Seiten ihrer Stiefmutter gestorben sei.

Auf den über diesen Vorgang von der Polizei erstatteten Bericht ordnete das Amtsgericht Erhebungen an, die allerdings ergaben, daß die Angeschuldigte ihre Stieftochter seit längerer Zeit durch Schläge und in anderer Weise mißhandelt habe, dagegen versicherte der praktische Arzt Dr. Karl Seng, der das verstorbene Kind in letzter Zeit behandelt hatte, daß er nie Spuren von Körperverletzungen an demselben wahrgenommen, noch auch von diesem eine Beschwerde hierüber vernommen habe, daß das Kind vielmehr an einer gastrisch-nervösen Krankheit danieder gelegen und gestorben sei.

Auf den Grund der Zeugenaussagen und der allgemeinen Aufregung, welche der Vorgang herbeigeführt hatte, wurde jedoch für nöthig erachtet, eine Leichenschau und Leichenöffnung zu bewerkstelligen, zu welchem Behufe in der Nacht vom 4. auf den 5. Juni die Wiederausgrabung des Leichnams des Kindes statt hatte.

Die in vorgeschriebener Weise vorgenommene Leichenschau und Section ergab nun aber keine Spur von einer Verletzung, wohl aber Anzeichen der von Dr. Seng angedeuteten Krankheit, weßhalb auch der gerichtsärztliche Ausspruch dahin ausfiel, daß das Mädchen keinen gewaltsamen Tod erlitten, beziehungsweise daß dasselbe nicht an einer ihm zugefügten Körperverletzung, sondern eines natürlichen Todes gestorben sei, und zwar in Folge eines Typhus, oder vielleicht auch in Folge eines hydrocephalus acutus.

Auf den Grund dieses Ausspruches wurde nun eine Untersuchung zwar nicht wegen Tödtung, dagegen wegen längere Zeit fortgesetzter, Mißhandlung des Mädchens nach §. 229 des Str.Ges. gegen dessen Stiefmutter eingeleitet, auf deren Ergebniß hin dieselbe durch hofgerichtliches Urtheil vom 5. September 1860 wegen jenes Verbrechens zu einer Kreisgefängnißstrafe von 3 Monaten verfällt wurde.

Gegen dieses Urtheil wurde rechtzeitig der Rechtsrekurs angezeigt und ausgeführt. — Es ward zunächst darauf aufmerksam gemacht, daß zwischen Andreas Schuhmacher und den Verwandten der ersten Ehefrau ein gespanntes Verhältniß bestehe, ihr Zeugniß daher verdächtig sei; als Gründe wurden angeführt, daß Schuhmacher die Uebernahme des großmütterlichen Erbtheils wegen Belastung verweigert habe, was sich aus den vorliegenden Theilungsakten bestätige, mit dem, daß Schuhmacher den Erbtheil der Großmutter zur Nutznießung überließ. — Als zweiter Grund wird angeführt, daß Schuhmacher sein Kind, das er der Großmutter übergeben hatte, dieser wieder entzog und zu sich nahm, weil es kräftig geworden sei. — Die hiefür angerufenen Zeugen wurden vernommen; sie bestätigen dies nicht, wohl aber, daß das Kind in einem ganz verwahrlosten Zustand von Haus zur Großmutter gekommen sei.

Die Glaubwürdigkeit der Zeugen wird auch wegen persönlicher Abneigung gegen Schuhmacher verdächtigt — darauf hingewiesen, daß die meisten Zeugen nur von dem Kinde selbst Gehörtes aussagen, und dies selbst, nach dem Pfarramtszeugnisse gelogen habe, — daß das Kind gerne zu Haus gewesen, und in seiner letzten Krankheit gut gepflegt worden sei, — endlich wird behauptet, daß das Kind die Züchtigungen jeweils verdient habe, daß

Digitized by Google

diese das gehörige Maas nicht überschritten hätten, keinenfalls aber unter §. 229 d. St.G.B. subsumirt werden könnten, und wenn sie auch als übermäßig bezeichnet werden könnten, dies dem heftigen Temperamente der sonst gut belrumundeten Rekurrentin zugeschrieben werden müßte. Es ward Freisprechung verlangt.

Der großh. Staatsanwalt suchte in der Vernehmlassung namentlich die oberhofgerichtliche Ansicht zu widerlegen, welche in den Entscheidungsgründen zu einem, in den Annalen 1855 (XXII). No. 39. I. S. 305, mitgetheilten Falle geltend gemacht ist, und beantragte Bestätigung.

Durch Urtheil vom 20. Dezember 1860 erkannte das großh. Oberhofgericht

In Untersuchungssachen gegen Elisabeth Schuhmacher geb. Blatt von Lahr, wegen Mißhandlung,

das hofgerichtliche Urtheil sei, unter Verschonung der Angeschuldigten mit den Rekurskosten, dahin abzuändern: Elisabeth Schuhmacher geb. Blatt von Lahr sei von der Anschuldigung der, längere Zeit hindurch fortgesetzten körperlichen Mißhandlung ihrer verstorbenen Stieftochter Dorothea Schuhmacher von da freizusprechen, jedoch in die Kosten des Strafverfahrens zu verfällen.

Entscheidungsgründe.

„Die Rekurrentin findet sich durch das gegen sie erlassene Straferkenntniß beschwert, und es muß ihre Beschwerde auch für begründet erkannt werden. Zwar kann durch die in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen hervorgehobenen Momente, deren Erheblichkeit durch die in der Rekursinstanz erhobenen Entlastungsbeweise nicht beseitigt ist, als hergestellt erachtet werden, daß die Rekurrentin ihre Stieftochter in ihrem Aeußern vernachlässigte, daß sie das schwächliche Kind übermäßig zu Arbeiten anhielt, dasselbe oft und selbst bei den unbedeutendsten Veranlassungen züchtigte, und hiebei, mitunter in roher Weise, das Maaß überschritt, das durch Alter und Zartheit des Kindes, wie durch den gegebenen Anlaß geboten war; — alles dies erscheint nicht als genügend, um das Verbrechen des §. 229 des St.G.B. zu begründen, das der Rekurrentin zur Last gelegt wurde.

Der §. 229 enthält nicht blos eine Modifikation für die Strafausmessung bezüglich der in diesem Titel des St.G.B. bezeichneten Arten von Körperverletzungen, — wofür es an den allgemeinen Strafausmessungsgründen der §§. 150. 151, insbesondere der Ziff. 2 dieses Paragraphen, genügt hätte, oder aber — insofern die Strafbestimmung nur bei einer oder der andern der verschiedenen Arten von Körperverletzungen eintreten sollte — es der besondern Bezeichnung dieser Art bedurft hätte — es stellt vielmehr der §. 229 ein ganz selbstständiges Verbrechen fest, wobei eine Körperverletzung gerade außer der Absicht des Thäters lag, seine Absicht im Gegentheile auf Zufügung eines körperlichen Leidens bis zu jener Grenze gerichtet war, und welche Handlung das Gesetz um der besondern Bösartigkeit des Willens des Thäters wegen bezüglich der Strafbarkeit den schwerern Körperverletzungen gleichstellte, und dabei nur als Straferhöhungsgrund noch den Fall im Auge hatte, daß jene Grenze einer Körperverletzung überschritten worden, und eine leichte Verletzung im Sinne des §. 227 die Folge der längern Mißhandlung oder Peinigung geworden sein sollte. *)

*) Die gesetzgeberischen Organe haben dem §. 206 des Entwurfs keine besondere Aufmerksamkeit gewidmet. In den Motiven ist kein Wort zu seiner Begründung enthalten und nur in dem Bericht des Abgeordneten Zentner (Verhandlungen II. Kammer 1839. VII. Beil.-Heft. 5. Bericht. S. 16) ist die Bemerkung enthalten:

„Man könnte fragen, warum das hier herausgehobene Strafmoment nicht auch in seiner Konkurrenz mit den schwereren Fällen des §. 203 (jetzt §. 225, welcher von K.V. mit Vorbedacht und unter Ziff. 1—4 von Arbeitsunfähigkeit, Geisteszerrüttung, Verstümmlung, Verunstaltung), also Verletzungen und Krankheit spricht, seine Wirkung äußern solle? Die Commission hielt mit dem Regierungsentwurf bei dem ohnehin schon hohen Strafmaas jener Fälle eine solche Verschärfung für unnöthig."

In dem Entwurfe war für den Fall einer eingetretenen Verletzung der in §. 205 (jetzt 227) bezeichneten Art, die in §. 203. No. 4 bezeichnete Strafe gedroht. Diese war: Kreisgefängniß oder Arbeitshaus bis zu anderthalb Jahren.

Nach den Beschlüssen der Commission wurde jedoch statt des letzten Satzes von Ziff. 3 des §. 203 des Entwurfs eine Ziff. 4 eingeschoben und die Ziff. 4 des Entwurfs zur Ziff. 5 des §. 203.

Commissionsbericht von Zentner. Verhandlungen II. Kammer. 1839. VII. Beil.-Heft. 5. Bericht. S. 16 IV. Beil.-Heft. S. 229. vrgl. mit der Zusammenstellung des Entwurfs nach den Beschlüssen der Commission II. Kammer.

Die Commission verband hiermit eine durch jene Modifikation des §. 203 herbeigeführte Fassungsänderung an §. 206 des Ent-

Digitized by Google

Die ganze Faſſung des §. 229 läßt an der Richtigkeit dieſer Auslegung der Geſetzesſtelle nicht zweifeln. — Aus eben dieſem ſo feſtgeſtellten Begriffe des Verbrechens, wie aus der Stellung, die ihm der Geſetzgeber im Geſetzbuche gab, erhellt aber ferner, daß der Thatbeſtand dieſes Verbrechens eine mit vorbedachtem Entſchluſſe verübte völlig rechtswidrige Handlung vorausſetzt, von einem Handeln im Affect oder gar von einer bloßen Fahrläſſigkeit hier alſo nicht die Rede ſein kann.

Der Titel „von den Körperverletzungen," worin jenes Verbrechen im Geſetzbuche ſeine Stellung erhalten hat, ſondert die verſchiedenen Arten von Körperverletzungen genau nach ihrer ſubjectiven Schwere, und behandelt zunächſt die mit „vorbedachtem Entſchluſſe" verübten in den §§. 225 bis mit 231. worunter der §. 229 des Verbrechens erwähnt, um das es ſich hier handelt. — Schon hiedurch, ſowie durch den Umſtand, daß in den von der „Körperverletzung im Affect und aus Fahrläſſigkeit" handelnden §§. 232. 237 jener Geſetzesſtelle keine Erwähnung geſchieht, hat der Geſetzgeber genügend zu erkennen gegeben, daß das Verbrechen des §. 229 nur nach den Grundſätzen über mit „Vorbedacht" verübte Körperverletzungen beurtheilt werden ſoll — und er konnte folgerichtig auch nur dieſe Beurtheilung verlangen, weil ſich ſchon aus dem Begriffe jenes Verbrechens deſſen Qualifikation als „mit vorbedachtem Entſchluſſe verübt" ergibt. — Wer einen Andern „längere Zeit andauernd" körperlich mißhandeln, ihn körperlich peinigen oder martern will, ohne daß dadurch die Integrität des Körpers oder der Geſundheit angegriffen werde — der handelt nicht im Zuſtande einer plötzlichen Aufwallung, ſondern mit Ueberlegung der Art und Mittel, jenen Zweck zu erreichen, und ein Ueberſchreiten der Grenze dieſes Zweckes zu verhüten — weßhalb denn auch das Geſetz bezüglich der Strafbeſtimmung jene Abſicht zunächſt ins Auge faßt, und nur für den Fall, daß durch die Dauer der Mißhandlung oder die Art und Dauer der Peinigungen und Martern das beabſichtigte Uebel bis zu einer wirklichen Verletzung fortgeſchritten ſein ſollte, eine Straferhöhung geſtattet.

Darf nun nach Stellung und Faſſung des §. 229 als gewiß angenommen werden, daß jene Geſetzesſtelle ein eigenes, dem unterliegenden Motive nach zunächſt nur auf Zufügung körperlicher Qualen gerichtetes, und nur möglicherweiſe eine Körperverletzung nach ſich ziehendes Verbrechen feſtſtellen wollte, das nur wegen der Thatbeſchaffenheit eines körperlichen Leidens und wegen der gedachten Möglichkeit der Folge einer Verletzung ſeine Stellung unter den Titel über „Körperverletzungen," und mit Hinblick auf die dabei nothwendige Willensthätigkeit, der beſondern Grauſamkeit des Handelnden die Gleichſtellung mit den mit „Vorbedacht" verübten Körperverletzungen erhalten hat, ſo müſſen die von der großh. Staatsanwaltſchaft hiergegen erhobenen Bedenken für unbegründet erkannt werden.

Aus dem Mangel des Ausdrucks „vorbedacht" in §. 229 kann nicht gefolgert werden, daß der Geſetzgeber dieſe Qualifikation nicht als Theil des Thatbeſtandes vorausſetze oder verlange; denn einmal war dieſer Ausdruck überflüſſig, weil ſchon nach dem Begriffe des Verbrechens Vorbedacht zum Thatbeſtande gehört, überdies war auch eine beſondere Hervorhebung dieſer Qualifikation hier nicht geboten, wie bei den Körperverletzungen, weil das Geſetz gerade bei dem Verbrechen des §. 229 nicht auch eine mögliche andere Qualifikation annimmt, wie dies bei Körperverletzungen nach den §§. 232. 237 der Fall iſt.

Ebenſowenig rechtfertigt ſich die bezeichnete Schlußfolgerung gegen die Annahme eines Vorbedachts aus dem §. 231 des St.G.; denn dieſes will nur die mit Vorbedacht verübten Körperverletzungen mit geſchärften Strafen geahndet wiſſen, und deutet damit genügend an, daß ſolche bei den Verbrechen des §. 229, bei welchen die Abſicht des Thäters auf körperliches Leiden ohne Verletzung gerichtet iſt, und das nur ſeiner beſondern Be-

---

wurfs, indem ſie ſtatt der Bezugnahme auf Ziff. 4 jetzt 5 des §. 203 die dort enthaltene Strafdrohung aufnahm, nämlich ſtatt der Worte des Entwurfs: „von der im §. 203. No. 4 gedrohten Strafe getroffen" ſetzte: „ebenfalls mit Kreisgefängniß oder Arbeitshaus bis zu anderthalb Jahren beſtraft."

Verh. II. Kammer, 1839. VII. Beil.Heft 5. Bericht. S. 16. IV. Beil. Heft. S. 230.

Die Vorſchläge der Kommiſſion wurden von der II. Kammer einfach angenommen.

Verh. II. Kammer. 1840. 5. Heft. S. 136.

Die Commiſſion der I. Kammer ſchlug die Annahme nach der Faſſung der II. Kammer vor,

Commiſſionsbericht (No. 2) von Vogel. S. 10.

Verh. I. Kammer, 1841. II. Beil.Heft. S. 34.

Verh. II. Kammer. 1843/44. IX. Beil.Heft. S. 194.

und die I. Kammer entſprach dieſem Antrag ohne Bemerkung.

Verh. I. Kammer. 1841. I. Be.Heft. S. 250.

Digitized by Google

schaffenheit wegen vom Gesetze den Körperverletzungen bezüglich der Strafbarkeit zur Seite gestellt wird, nicht eintreten sollen, wohl deßhalb, weil der Gesetzgeber durch die Gleichstellung dieses Verbrechens mit der vorbedachten Körperverletzung in den übrigen Momenten der Strafbarkeit eine genügende Ahndung gefunden hat. Eine allgemeine Hinweisung auf die §§. 225—230 wäre nur dann am Platze gewesen, wenn das Gesetz nicht blos die Körperverletzungen, sondern auch das ihnen zur Seite gestellte Verbrechen des §. 229 mit Schärfungen hätte geahndet wissen wollen.

Wenn ferner auch in den von dem großh. Staatsanwalte angeführten Beispielen Peinigungen und Martern der Ausfluß eines Entschlusses und einer Handlung sein können, so deutet gerade die Absicht der Verlängerung des körperlichen Leidens, sowie die Wahl des hiezu geeigneten Mittels auf eine Ueberlegung hin, die nicht nur bei dem die That Vollziehenden, sondern selbst auch beim intellektuellen Urheber die Annahme eines bloßen Affektes ausschließt.

Dem selbstständigen Verbrechen des §. 229 unterliegt die Absicht, durch die längere Dauer von Mißhandlungen oder durch die intensive Kraft von Peinigungen oder Martern zu quälen, und es ist nicht einzusehen, warum nicht auch diese fortdauernde verbrecherische Willensthätigkeit das Ergebniß eines vorbedachten Entschlusses sollte sein können; es gehört im Gegentheile gerade zum Begriffe dieses Verbrechens, daß durch die fortgesetzten oder wiederholten Handlungen der vorgesetzte Zweck nicht erreicht werden soll, dieselbe somit als Ausflüsse desselben Entschlusses zu betrachten sind. Sollten die Mißhandlungen nur als Mittel zur Erreichung eines andern Zweckes, als den zu quälen, dienen, so liegt eben nicht das Verbrechen des §. 229, sondern ein bestimmtes anderes Verbrechen vor, das nach den für dieses bestimmten Strafrechtsgrundsätzen zu beurtheilen, und wobei die verschiedenen Mißhandlungen nach den Bestimmungen des §. 151 d. St.G. bei der Strafausmessung zu berücksichtigen sind.

Ebensowenig kann das Verbrechen des §. 229 dann als vorhanden angenommen werden, wenn die mehreren Handlungen der Peinigung jeweils nur die Folge eines Affektes sind; sie können dann nur als einzelne getrennte Handlungen in Betracht kommen, und nur insoferne vom Criminalrichter zur Ahndung gezogen werden, als sie durch eine daraus gefolgte Körperverletzung oder in anderer Weise einen criminalrechtlichen Charakter darbieten, andernfalls können sie sich nur etwa zum polizeilichen Einschreiten eignen.

Es ist durch die angeordnete Leichenschau und Section, sowie durch den gerichtsärztlichen Ausspruch für den Richter außer allen Zweifel gestellt, daß das verstorbene Mädchen nicht in Folge einer äußern gewaltthätigen Einwirkung, sondern eines natürlichen Todes verstorben ist, und dafür, daß das Kind während seines Lebens von der Rekurrentin eine — die criminalrechtliche Ahndung rechtfertigende — körperliche Verletzung erhalten habe, hat die Untersuchung keinen genügenden Beweis geliefert.

Was nun außerdem noch der Rekurrentin zur Last gelegt wird, sind häufige Schläge, die sie dem Kinde bei Tag und Nacht bei dem geringfügigsten Anlaß gab, eine offen kund gegebene Abneigung gegen dasselbe und Ueberladung mit häuslichen Arbeiten.

Mag man nun auch alle diese Thatumstände für völlig erwiesen annehmen, so sprechen sie doch nicht unbedingt dafür, und die Untersuchung hat auch sonst dafür keine Ueberzeugung begründet, daß dieselben lediglich in der Absicht ihren Grund hatten, das Kind nur zu quälen, wie dies der §. 229 voraussetzt, und es darf daher diese Absicht der Rekurrentin um so weniger unterstellt werden, als andererseits Gründe vorhanden sind, welche das Verfahren der Rekurrentin in einem weniger ungünstigen Lichte erscheinen lassen.

Zunächst darf nicht außer Acht gesetzt werden, daß die Rekurrentin als Mutter das Recht der Züchtigung des Kindes hatte, wo diese angezeigt war, und wenn sie nun auch dieses Recht im Uebermaaß oder selbst zur Unzeit ausübte, so darf der Grund hiefür nicht sofort in einem verbrecherischen Willen gesucht werden, es kann vielmehr seine Ungebühr nur als ein Excess in Ausübung einer Befugniß aufgefaßt werden, der in einem Mangel der Beurtheilungskraft, oder dem Charakter der Züchtigenden oder in irgend einem andern, wenigstens einen verbrecherischen Willen ausschließenden, Momente seinen Grund haben konnte.

Es liegt aber auch ferner vor, daß es an einem Anlasse zur Ausübung des elterlichen Züchtigungsrecht in vorliegendem Falle nicht unbedingt fehlte. Fast alle Zeugen bestätigen, daß das Kind in seinem Aeußern verwahrlost, im höchsten Grade unreinlich war. Mag nun auch hieran Mangel an Aufsicht und Anleitung mit die Schuld gewesen sein, so ergibt sich doch andererseits aus den Zeug-

Digitized by Google

nissen geistlicher und weltlicher Vorgesetzten, daß jener Zustand in dem großen Hange des Mädchens zur Trägheit und Unreinlichkeit mit seinen Grund hatte, und daß es sich auch häufig Unwahrheiten zu Schulden kommen ließ. — Die Mutter behauptet, daß diese Fehler des Kindes jeweils die Veranlassung der Züchtigungen gewesen seien, und da hierin allerdings ein genügender Grund zur Ausübung des Züchtigungsrechtes gefunden werden kann, und ein anderer und zwar widerrechtlicher Grund jener Ausübung nicht nachgewiesen ist, so muß auch als feststehend angenommen werden, daß die Rekurrentin jeweils nur in dem guten Glauben ihres Rechts und der Nothwendigkeit die Züchtigungen unternommen hat.

Wohl kann als hergestellt erachtet werden, daß diese Züchtigungen oft zur Unzeit und im Uebermaaße angewendet worden sind; wenn man jedoch die Bildungsstufe, auf welcher die Rekurrentin steht, in Betracht zieht, bei der eine milde Zurechtweisung des Kindes gar nicht erwartet werden konnte, sowie ferner erwägt, daß die Rekurrentin nach dem Leumundszeugnisse eine sonst zwar brave und fleißige, aber dabei jähzornige und heftige Frau ist, wornach es begreiflich erscheint, daß die Trägheit des Kindes sie besonders aufreizte, und daß sie das richtige Maaß der Züchtigung überschritt — so erscheint ihr Verfahren zwar immerhin ungerechtfertigt und selbst strafbar, es ist aber andererseits auch in dem Leumunde wie in dem Mangel eines genügenden Beweises für das Gegentheil vollkommen begründet, daß es an dem Thatbestande des Verbrechens des §. 229 des St.G. und damit an der Grundlage für eine criminalrechtliche Ahndung fehlt.

Die von der Rekurrentin verlangte Abänderung des Strafurtheils erscheint hiernach wohl begründet, dagegen lagen in den fortgesetzten und übermäßigen Züchtigungen des Kindes allerdings genügende Verdachtsgründe zur Einleitung des Strafverfahrens, so daß ihre Verfällung in die Kosten der Untersuchung, nach §. 355 der St.Pr.O. gerechtfertigt erscheint.

— Auch in den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 6. November 1858. L. Sen. J. U.S. gegen Franz Schrapp von Philippsburg, wegen längerer Mißhandlung war ausgesprochen worden: — Körperliche, wenn auch noch so oft wiederholte, Mißhandlungen machen nur dann das in §. 229 d. St.G.B. bezeichnete, von Amtswegen zu untersuchende und zu bestrafende Vergehen der längeren Mißhandlung oder Peinigung aus, wenn sie als Ausfluß eines aus besselben vorbedachten Entschlusses erscheinen (also mit Ueberlegung Grausamkeit ausgeführt wurden). Eff.

17.

Rechtsfall aus dem Mittelrheinkreise.

Anspruch einer Gemeinde an den großherzoglichen Domänenfiscus wegen Anschaffung von Schulbedarfsgegenständen.

In No. 103. S. 430 des vorigen Jahrganges der Annalen haben wir eine Entscheidung des mittelrheinischen Hofgerichts, die Pensionsansprüche eines Volksschullehrers betreffend, mitgetheilt. Diesem Bericht reihen wir hier die Mittheilung einer, ebenfalls das Interesse des Volksschulwesens berührenden Entscheidung des nämlichen Gerichtshofes an, welche ein in diesen Blättern auch noch nicht zur Sprache gekommenes Streitverhältniß betrifft.

Der Fall ist folgender:

Die Stadtgemeinde Emmendingen verlangte in einer gegen den großh. Domänenfiscus erhobenen Klage *), es möge derselbe für verpflichtet erklärt werden, für die Volksschule in Emmendingen jeweils nach Erforderniß, dem Stand der Schule gemäß, die nöthigen Schulbedarfsgegenstände, demnach auch die für die Mädchenschule jetzt erforderlichen Stücke, bestehend in einem Katheder oder erhöhten Tisch und Stuhl und in Rollvorhängen, anzuschaffen. Zur Begründung dieses Anspruchs brachte sie im Wesentlichen Folgendes vor:

Schon von der früheren geistlichen Verwaltung Hochberg, welche das dortige Volksschulhaus als Eigenthum beanspruche habe, sei sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend durch entscheidende Handlungen die Verpflichtung zum Bau und zur Unterhaltung des Schulgebäudes und zur Anschaffung der Bedarfsstücke anerkannt worden. Nachdem der Beklagte (die großh. Domänenverwaltung) durch die Einverleibung des Vermögens der vormaligen geistlichen Verwaltung, an deren Stelle getreten sei, habe dieser das Anerkenntniß fortgesetzt. Derselbe habe in den

*) Nach M.D. §. 9 wurde die Klage bei dem großh. Stadtamtsgericht Karlsruhe angebracht. D. E.

Jahren 1819 und folgende das neue Schulhaus erbaut, und solches seither nicht nur unterhalten, sondern auch zum Dienst für drei (statt blos zwei) Lehrer und für drei Schulen erweitert. Ein Vergleich wegen der damals allein bestrittenen Verpflichtung des Beklagten zur Herstellung der Wohnung des dritten Lehrers sei in den 1840er Jahren zu seinem Nachtheil entschieden, die Verpflichtung des Beklagten stehe daher in jeder Hinsicht fest.

Es habe aber auch der Beklagte, wie schon die geistliche Verwaltung, seit mehr als vierzig bis fünfzig Jahren, die Bedarfstücke für die Volksschule, sowohl Tische und Bänke, als Tintenfässer und das sonst Erforderliche, jeweils angeschafft. Bis auf die neueste Zeit habe derselbe ohne Anstand allen betreffenden Ansprüchen Genüge geleistet. Namentlich habe er auch zu Anfang der 1840er Jahre in Folge der neuen Schulgesetzgebung zuerst die Miethe für das dritte Zimmer bezahlt, nach Erbauung eines dritten Zimmers aber seine Verpflichtung zur Anschaffung alles Bedarfs anerkannt und ausgeübt, insbesondere auch im Zimmer des Knabenlehrers und des Unterlehrers Katheder, im folgenden Jahrzehnt aber neue Tintenfässer angeschafft. Für die Klägerin sprächen daher Thathandlungen, Anerkenntnisse und Verjährung.

(Die Nothwendigkeit der fraglichen Anschaffungen, welche bereits vom großh. Oberamt ausgesprochen worden war [2]), legte die Klägerin noch näher dar.)

Der Beklagte bestritt die Klagfoederung als unbegründet, indem er zwar einen großen Theil der Klagthatsachen, wie namentlich die Verpflichtung zum Bau des Schulhauses, die Inkammerirung des betreffenden geistlichen Vermögens, auch die Anschaffung einzelner Bedarfstücke (keineswegs aller) und die Nothwendigkeit der Anschaffung als richtig zugab, dagegen aber hervorhob, daß die Pflicht des Beklagten zu den begehrten Leistungen nicht nachgewiesen und aus jenen Thatsachen nicht zu folgern sei.

Der Unterrichter erkannte auf Grund der zugegebenen Vorgänge zu Gunsten der Klägerin, da er das Baueditt vom Jahre 1808 für anwendbar und zugleich die Inkammerirung des Vermögens für entscheidend hielt.

Im entgegengesetzten Sinne erkannte jedoch sodann das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises auf die Appellationsbeschwerde des Beklagten. Die Rechtfertigung dieses Urtheils vom Januar 1861 ergibt sich aus dem hier folgenden Auszug der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe:

Allerdings liegt hier ein Anspruch vor, der sich zur Verfolgung vor dem bürgerlichen Richter eignet, da es sich hier nicht um die Pflicht zur Erbauung oder Anschaffung des Schulhauses, beziehungsweise der erforderlichen Bedarfstücke, welche kraft öffentlichen Rechtes gemäß §. 79 und 80 des Gesetzes vom 28. August 1835 der politischen Gemeinde obliegt, noch um Größe und Maaß des Bedürfnisses handelt, vielmehr hier nach Maaßgabe des genannten §. 80 der Beklagte als besonders Verpflichteter aus Privatrechtsgründen in Anspruch genommen werden soll. [3]).

Prüft man aber die geltend gemachten Rechtsgründe selbst, so erscheint die Klage in keiner Richtung haltbar. Das Baueditt vom Jahr 1808 kann zur rechtlichen Begründung derselben überall nicht dienen, denn dieses höchst singuläre und deßhalb keine Ausdehnung zulassende Gesetz bezieht sich seinem ganzen Zweck und Inhalt nach nur auf die Pflicht zur Anschaffung und Unterhaltung von Gebäuden und deren baulichen Zugehörden. In den hinsichtlich der Schulen in Betracht kommenden §§. 23 und 24 ist überhaupt nur von Schulgebäuden, nicht von nothwendigem Ingebäude, wie hinsichtlich der Kirchen in §. 7 und 13, die Rede, während die soeben angeführten auf Kirchen bezüglichen Bestimmungen nur auf eigentliche Bauzugehörden gerichtet sind, wie Kanzel, Altar u. s. w. mit solchen aber Schulkatheder, Schulbänke, Schultische, Tintenfässer, Fenstervorhänge keineswegs in eine Reihe zu stellen sind.

Auf sog. Bauhandlungen kann die Klage daher nicht gestützt werden.

Als anderweitige Rechtsgründe kommen hienächst unvordenkliche Verjährung und Anerkenntniß in Frage. Deren Zulässigkeit würde jedoch voraussetzen, daß wenigstens ein solches Rechtsverhältniß dar-

---

[2]) Vergl. Verordnung vom 2. August 1836. Reg.Bl. S. 291 und §. 80 des Gesetzes vom 28. August 1835. Reg.Bl. S. 327. Hiezu ferner wegen der Rollvorhänge die Instruction der großh. Sanitätscommission vom 15. Okt. 1844, die sanitätspolizeiliche Aufsicht über die Schulen betreffend. Stempf, das Gesetz über Kirchen- und Schulbaulichkeiten vom 26. April 1808. S. 104. 105. D. E.

[3]) Vergl. hiezu, zunächst in Bezug auf die Schulhausbaupflicht, Stempf im angeführten Schriftchen S. 103. Auch Annalen J. 24. S. 287. Magazin Bd. 3. S. 443. D. E.

gelegt wäre, das als eine Dienstbarkeit im deutschrechtlichen Sinne aufgefaßt werden könnte, weil sonst die besondere Vorschrift des L.R.S. 691 und 695 keine Anwendung finden könnte. Ein solches Rechtsverhältniß ist nun offenbar nicht dargelegt; nach Beschaffenheit des klägerischen Anspruchs ist hier weder ein dienendes noch ein herrschendes Grundstück vorhanden; die fraglichen Leistungen, wenn sie wirklich Statt fanden, waren blos persönliche Leistungen, deren einmaliges oder öfter wiederholtes Vorkommen nach L.R.S. 2232 und 2232a keine rechtliche Verpflichtung begründen kann, weil Handlungen freier Willkür weder Besitz noch Verjährung zulassen. Auf unvordenkliche Ersitzung, die zudem zur Zeit der Einführung des Landrechtes schon vollendet sein müßte, und auf Anerkenntniß, das für sich in der Regel kein Rechtstitel ist, kann die Klage somit nicht gestützt werden. Da der Beklagte die Verpflichtung zur Anschaffung der Schulbedarfsgegenstände im Allgemeinen in keiner Weise zugesteht, und ein Rechtsgrund für die betreffende Verpflichtung ohnedies nicht beigebracht ist, so ist keineswegs blos die Art und Weise des Umfangs und Gebrauchs eines Rechtes in Frage, es kann daher die behauptete Uebung, abgesehen von den nähern Erfordernissen, auch nicht etwa im Sinne des L.R.S. 6d verglichen mit 6f als Herkommen entscheidend werden. Was endlich die angerufene Inkammerirung des geistlichen Vermögens betrifft, so darf man zugeben, daß diese Handlung (freilich nicht nach der vom Unterrichter herangezogenen Analogie des vorsichtlosen Erben) den Beklagten schlechthin haftbar machte, die auf dem einverleibten Vermögen ruhenden Lasten zu erfüllen, sofern das Vorhandensein einer solchen Last, die rechtliche Verpflichtung des Vorgängers, nachgewiesen wäre. An einem bezüglichen Nachweis fehlt es indeß gänzlich.

Hieraus geht hervor, daß die Klage, in allen Richtungen grundlos und unhaltbar, abzuweisen, das Urtheil des Unterrichters daher hiernach abzuändern ist.

Eines besonderen Vorbehaltes bezüglich der Zugeständnisse des Beklagten bedarf es nicht.

Nach Pr.O. §. 167. 168 fallen die Kosten insgesammt auf den unterliegenden Theil.

Ed. Brauer.

18.

Alimentationszusage eines Dritten

Derjenige, welcher eine im ledigen Stand Geschwängerte durch die Zusage, daß er die Kosten der Erziehung ihres Kindes bestreiten werde, bestimmt, die beabsichtigten Schritte gegen ein Mitglied seiner Familie zu unterlassen, ist zur Erfüllung des Vertrags verpflichtet.

Ein solcher Vertrag kann nicht als Schenkung gelten.

Der Beweis einer dem Vertrag beigefügten Bedingung, auf welche sich der Beklagte zu seinem Schutze beruft, liegt diesem ob.

Puchta, Pandekten §. 97 vor Note l. S. 152.
Annalen XVII. (1850.) No. 17. S. 132. 133.

Die ledige Anna Kartharina Oßwald von Marzell, welche von dem Sohne ihres Dienstherrn, des Johann Jakob Roser von Schwand, schwanger zu sein behauptete, wollte deßhalb Klage bei dem Pfarramt führen; ihr Dienstherr war aber dieß dadurch zu verhüten bemüht, daß er ihr versprach, sie zufrieden zu stellen, so daß sie das Kind zu erziehen vermöge. Die Klägerin beruhigte sich bei dieser Zusage, zu deren Erfüllung jedoch J. J. Roser sich nicht herbeiließ. Deßhalb belangt, wendete er ein, sein Sohn läugne die Vaterschaft, demnach sei er im Irrthum gewesen; seine Zusage hätte überdies in den Formen der Schenkung gemacht und angenommen werden müssen; auch ermangle sie eines giltigen Verpflichtungsgrundes und sei nur unter der Bedingung geschehen, daß das Kind von seinem Sohne sei.

Das großh. Amtsgericht Schopfheim erkannte am 19. Juli 1859:

„die Klägerin hat den ihr zugeschobenen Haupteid dahin auszuschwören:

„„Es ist nicht wahr, daß mir der Beklagte das Versprechen: zur Erziehung meines Kindes mir so viel zu geben, daß ich zufrieden sei, — nur unter der Bedingung gegeben habe, wenn das Kind von seinem Sohne sei.““

Schwört sie diesen Eid, so wird der Beklagte für schuldig erklärt, zur Ernährung ihres Kindes bis zum zurückgelegten sechsten Lebensjahre desselben

Digitized by Google

von der Geburt an gerechnet, einen jährlichen Beitrag von 56 fl., vom zurückgelegten sechsten Lebensjahre bis zum zurückgelegten zehnten Lebensjahre einen jährlichen Beitrag von 36 fl., und endlich vom zurückgelegten zehnten Lebensjahre bis zum zurückgelegten vierzehnten einen jährlichen Beitrag von 24 fl., jeweils ein Jahr voraus bei Vermeidung der Hilfsvollstreckung an sie, die Klägerin zu bezahlen und die erwachsenen Kosten zu tragen.

Verweigert dagegen die Klägerin diesen Eid, so wird sie unter Verfällung in die Kosten mit ihrer Klage abgewiesen."

Das großh. Hofgericht des Oberrheinkreises änderte am 5. Dezember 1859 das amtsgerichtliche Urtheil dahin ab, daß die Klägerin mit der erhobenen Klage abzuweisen sei und die Kosten beider Instanzen zu tragen habe.

Auf die von ihr ergriffene Oberberufung hob aber das großh. Oberhofgericht am 10. Juli 1860 das Urtheil des großh. Hofgerichtes auf und stellte das des großh. Amtsgerichts wieder her.

Entscheidungsgründe.

Da die Klägerin sich bei der Zusage des Beklagten beruhigt, dieselbe also, wie auch aus späteren Vorgängen hervorgeht, angenommen hat, so ist durch dieses ihr zu Grunde liegende Vertragsverhältniß die erhobene Klage thatsächlich und rechtlich begründet. Der Mangel einer gesetzlichen Verpflichtung zur Ernährung des unehelichen Kindes der Klägerin auf Seiten des Beklagten stand der vertragsmäßigen Uebernahme einer solchen Verpflichtung durch ihn nicht im Wege. Mochte auch sein Sohn die Vaterschaft läugnen, so konnte dennoch der Beklagte Gründe haben, der Angabe der Klägerin Glauben zu schenken, oder das Verhältniß mindestens als ein zweifelhaftes zu betrachten, und sich deßhalb einer Gewissenspflicht zu genügen. Er kann daher einen, den Vertrag zernichtenden Irrthum nicht daraus herleiten, daß er über die Vaterschaft seines Sohnes in Ungewißheit gewesen sei.

Als eine, an die Förmlichkeit des Satzes 931 des Landrechts gebundene Schenkung läßt sich das Rechtsverhältniß nicht auffassen, weil es sich nicht um eine Vermögensbereicherung der Klägerin, sondern vielmehr um eine Entgeltung oder Schadloshaltung handelt.

Deßhalb und weil der Beklagte überdies von dem Interesse geleitet wurde, die Klägerin zur Unterlassung der von ihr beabsichtigten Schritte zu vermögen, gebricht es der Uebereinkunft auch keineswegs an einem giltigen Verpflichtungsgrunde. (L.R.S. 1106.)

Nachdem jedoch der Beklagte die Behauptung aufgestellt hat, daß er der Klägerin die gedachte Zusage nur unter der ausdrücklichen Bedingung oder Voraussetzung gemacht habe, daß das Kind von seinem Sohne sei, so wurde in der ersten Instanz mit vollem Grunde der Beklagte deßfalls für beweispflichtig erklärt, indem in jener Anführung kein bloßes Abläugnen, sondern eine selbstständige Nebenbestimmung der behaupteten Uebereinkunft enthalten ist.

Da der auferlegte Beweis allein durch Eideszuschiebung an die Klägerin angetreten wurde, konnte die Entscheidung auch nur von der Leistung oder Verweigerung des Eides abhängig gemacht werden.

Aus diesen Gründen war das hofgerichtliche Urtheil aufzuheben und jenes des Amtsgerichts wieder herzustellen.

Die Kosten der zweiten und dritten Instanz hat der Beklagte, nachdem er mit seiner Beschwerde gegen das amtsgerichtliche Urtheil unbedingt unterlegen ist, nach §§. 167 und 168 der Pr.O. allein zu tragen.

Stf.

Soeben erschien im Verlage von Otto Wigand in Leipzig:

Rechtslexikon
für
Juristen aller deutschen Staaten
enthaltend die
gesammte Rechtswissenschaft.

14. Band. 2. Lieferung bis „Wechselrecht."

Dieses seit einer Reihe von Jahren erscheinende Rechtslexicon ist trotz der ungünstigen Zeitverhältnisse soweit gediehen, daß im Laufe dieses Jahres die Schlußhefte des ganzen Werkes nebst einem vollständigen Register zum praktischen Gebrauch geliefert werden. Die Abnehmer dieses Werkes, welche in der Abnahme der Hefte im Rückstande sind, werden ersucht, bei ihren Buchhandlungen die Complettirung zu bewirken.

Redakteur Oberhofgerichtsrath Stenzel. Verlag von H. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. **Band XXVII.** **No. 7.**

19.

Zur Lehre von dem schiedsrichterlichen Verfahren.

I.

Muß innerhalb der zur Ertheilung des Schiedsspruchs bestimmten Frist derselbe nur gefällt oder auch verkündet sein?

Das großh. Hofgericht des Oberrheinkreises hat unterm 22. Oktober 1858 in Sachen Mutter gegen Mutter, Nichtigkeit eines Schiedsspruchs betreffend, das Urtheil des großh. Amtsgerichts Waldshut vom 22. März dss. J. No. 3783 besagend:

Kläger sei mit der unterm 15. Januar erhobenen Nichtigkeitsklage unter Verfällung in die Kosten abzuweisen,

unter Verfällung des Beklagten Appellaten in die Kosten beider Instanzen, dahin abgeändert:

daß der Schiedsspruch vom 7., verkündet am 16. Dezember v. J., als nichtig aufzuheben sei,

und zwar aus folgenden

Gründen:

Nach §. 211 der Pr.O. kann ein Schiedsspruch aus Gründen als nichtig angefochten werden, die auf dem Mangel gültiger Zustimmung der Parteien beruhen, nämlich insofern der Schiedsvertrag selbst ungiltig, oder die Grenze der darin ertheilten Entscheidungsbefugniß in Hinsicht auf den Umfang oder die Zeit überschritten ist. Es fochten nun die klagenden Eheleute das von dem erwählten Schiedsgericht am 7. Dezember v. J. erlassene Urtheil deßhalb als nichtig an, weil dasselbe im Widerspruch mit der im Schiedsvertrag vom 28. August v. J. festgesetzten Bedingung nicht innerhalb der Frist von 3 Monaten, vom 9. September an gerechnet, an welchem Tage das Schiedsgericht als constituirt angesehen werden muß, sondern erst am 16. resp. 18. Dezember den Parteien verkündet, oder schriftlich zugestellt worden sei.

Diese Beschwerde erscheint als begründet. Nach §. 213 Ziff. 3 der Pr.O. erlischt die Vollmacht der Schiedsrichter, wenn die im Schiedsvertrag zur Ertheilung des Schiedsspruchs bestimmte Frist abgelaufen ist, und die Parteien dieselbe nicht verlängern. Es muß aber der Ausdruck „Ertheilung" als gleichbedeutend mit „Verkündung" des Schiedsspruchs angesehen werden.

Wenn ein Urtheil zu den Akten gebracht, aber noch nicht verkündet ist, so ist es ein bloser Entwurf, der bis dahin vom Richter nach Belieben abgeändert werden kann und auf den noch keine Partei einen Rechtsanspruch hat. Das Wort „Erlassung" eines Urtheils wird aber auch in der Pr.O. allgemein als gleichbedeutend mit „Verkündung" genommen; so bestimmt der §. 328 der Pr.O., der von der „Erlassung des Urtheils" handelt, daß am Schlusse des ersten Verfahrens längstens innerhalb 14 Tagen resp. 4 Wochen das Urtheil verkündet sein muß, und daß ein längerer Aufschub für Justizverzögerung gilt. Denselben Sinn muß aber auch bei dem Titel über das schiedsgerichtliche Verfahren der Ausdruck „Ertheilung" des Schiedsspruches haben, da sonst der §. 206 der Pr.O. nicht aussprechen könnte, daß die Schiedsrichter ihre Urtheile den Parteien selbst verkünden: denn es muß dieses noch innerhalb der ihnen bewilligten Frist geschehen, da sonst die Vollmacht nach §. 213 der Pr.O. erloschen ist und sie dann keine richterlichen Funktionen mehr mit Rechtswirkung ausüben können.*)

Man kann aber auch nicht sagen, daß die Parteien dadurch, daß sie am 16. Dezember v. J., also nach Umfluß der den Schiedsrichtern bewilligten Frist zu dem Schiedsgerichte sich begaben, um das Urtheil anzuhören, die Frist aus freien Stücken verlängerten §. 213 der Pr.O.; es darf eine solche Handlung ohne unterstützende thatsächliche Momente nicht vermuthet werden.

Hiernach erscheint der Schiedsspruch vom 7. Dezember schon aus diesem Grunde als nichtig und kommt es auf die Prüfung des zweiten Nichtigkeitsgrundes nicht mehr an. Es mußte deßhalb der Nichtigkeitsklage stattgegeben, das unterrichterliche Urtheil abgeändert und die beklagten

*) S. Note 2.

Eheleute nach §. 167 und 168 der Pr.O. in die Kosten beider Instanzen verfällt werden.

Gegen diese Ausführung will ich mir erlauben, einige Bemerkungen hier niederzulegen.

Es ist ausgeführt worden, daß Ertheilung des Schiedsspruchs oder Erlassung eines Urtheils als gleichbedeutend mit Verkündung angesehen werden müsse; allein es bedarf wohl keiner näheren Darstellung, daß Urtheil geben, Urtheil fassen, Erlassung eines Urtheils, welche verschiedenen Ausdrücke in dem Gesetze vorkommen, z. B. in §. 331. 364. 368. 666. 1083. 1102. 1104. 1171. 1176. 1188. 1223 der Pr.O., Anh.S. 54. 68 u. a. m., nicht gleichbedeutend mit Urtheil verkünden sei. Beides sind verschiedene Akte des Verfahrens, die Fassung, Erlassung, Fällung des Urtheils muß der Verkündung vorausgehen. Diese Trennung bei der Acte finden wir namentlich bei unsern Collegialgerichten, wo das Collegium in geheimer Sitzung das Urtheil gibt, faßt ꝛc. und dann in öffentlicher Sitzung verkündet, oder auch durch den Unterrichter verkünden läßt, cf. §. 340. 586. 1083 ff. 1188 der Pr.O. Das gefaßte, gefällte oder gegebene Urtheil wird auch in förmlicher Ausfertigung den Parteien an Verkündigungsstatt zugestellt. Diese Akte sind ebenso auch bei dem Schiedsgerichte als verschiedene zu unterscheiden.

Es dürfte gewagt erscheinen, den §. 328 der Pr.O. mit §. 213 in analoge Verbindung zu bringen. Ersterer enthält mehr nur eine dienstpolizeiliche Vorschrift, eine Bestimmung wegen Justizverzögerung, wie auch im Allgemeinen die §§. 246. 586, während der §. 213 Nachtheile ausspricht, namentlich das Erlöschen der Vollmacht der Schiedsrichter, welcher Nachtheil von bedeutenden Folgen sein kann. Wollte man den §. 328 der Pr.O. in analoge Anwendung bringen, so ginge hieraus gerade das Gegentheil dessen hervor, was §. 213 d. Pr.O. besagt, nämlich daß der Richter in der bestimmten Frist sein Urtheil nicht allein geben, sondern auch verkünden müsse.

Da in dem Titel von dem schiedsrichterlichen Verfahren an einer andern Stelle, nämlich im §. 206, von der Eröffnung des Urtheils durch die Schiedsrichter die Rede ist und dabei wegen etwaiger verspäteter Eröffnung kein Nachtheil angedroht wurde, so kann daraus ebenso geschlossen werden (!), daß die Vollmacht der Schiedsrichter nur dann als erloschen zu betrachten sei, wenn sie in bestimmter Frist ihr Amt als Richter nicht ausgeübt, d. h. ihr Urtheil nicht gegeben haben. Ohne den §. 206 könnte oder würde wohl die Verkündung des Urtheils durch den ordentlichen Richter geschehen, wie auch im Anh.S. 54 vorgeschrieben ist, daß die Schiedsrichter das Urtheil in bestimmter Frist nur zu geben haben. [1])

Wenn in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen angeführt ist, daß ein Schiedsrichter nach erloschener Vollmacht, d. h. hier nach Ablauf der bewilligten Frist, keine richterlichen Funktionen mit Rechtswirkung mehr vornehmen dürfe, so kann man diesen Satz im allgemeinen nicht in Abrede stellen. Mit der Fassung, Erlassung des Urtheils hören die richterlichen Funktionen auf und gehört die Publikation des Urtheils streng genommen nicht zur Funktion des urtheilenden Richters. (!) Nach unserer Pr.O. hat der urtheilende Richter auch nach Erlassung des Urtheils oft noch prozessualische Handlungen vorzunehmen. Wenn z. B. im gegebenen Falle das Urtheil noch am 7. Dezember wäre verkündet worden und erst nach dem 9. Dezember, also nach abgelaufener Frist, würde sich ein Schreibfehler, eine irrige Benennung der Parteien, ein Rechnungsirrthum herausstellen, so kann nur der urtheilende Richter, also hier nur der Schiedsrichter die Verbesserung vornehmen. §. 1111. 1117 der Pr.O. Wie der ordentliche Richter, dessen Vollmacht nach Erlassung des Urtheils auch gleichsam erloschen ist, da er an dem Urtheile nichts mehr abändern darf, dennoch Funktionen des Titels 43 der Pr.O. besorgt, ebenso ist dies auch bei dem Schiedsrichter noch der Fall, auf welchen, da es gesetzlich theils geboten, theils erlaubt ist, alle Funktionen des urtheilenden Richters übergehen. So ist z. B. wenn die Parteien in dem Schiedsvertrage sich die Appellation vorbehalten haben, §. 208 der Pr.O., und eine Partei gegen den Schiedsspruch die Appellation ergreift, diese bei dem Schiedsgerichte anzumelden. §. 1142. Wenn nun das Schiedsgericht nach Ablauf der bestimmten Frist keine Funktionen mit Rechtswirkung mehr vornehmen könnte, oder dürfte, wie sollte es eine Appellationsanzeige schriftlich oder mündlich annehmen können, §. 1142 der Pr.O. oder gar bei der abgekürzten Appella-

---

[1]) Dann müßten aber die Schiedsrichter ihren Spruch innerhalb der gesetzten Frist dem Gerichte vorlegen und hierdurch würde die Ertheilung oder Erlassung des Urtheils konstatirt.

Red.

Digitized by Google

tion die Verfallenerklärung aussprechen dürfen.[2]) §. 1187 der Pr.O.

Da aber der Schiedsrichter nach erloschener Vollmacht noch solche richterliche Funktionen vornehmen darf und muß, so wird er um so mehr, auch noch nach abgelaufener Frist, die näher liegende Funktion der Urtheilsverkündung vornehmen dürfen, welche ihm im §. 206 der Pr.O. ausdrücklich auferlegt ist.

Wenn in der hofgerichtlichen Entscheidung ausgesprochen wird, daß das Urtheil, so lange es nicht verkündet ist, ein bloser Entwurf sei, der von dem Richter nach Belieben abgeändert werden könne, so findet dieser Satz allerdings auch auf die Schiedsgerichte Anwendung; nur mit einer Modifikation, welche ihren Grund gerade darin hat, daß die Schiedsgerichte zur Ertheilung ihres Spruches an eine bestimmte Frist gebunden sind. Verkünden die Schiedsrichter ihr Urtheil noch in der ihnen gegebenen Frist, dann können sie nachher keine Aenderung mehr daran vornehmen, §. 1121 der Pr.O.; publiciren sie aber ihr Urtheil erst nach der Frist, so muß es zwar vor Ablauf der Frist gegeben, zu den Akten gebracht sein (?), aber sie dürfen dann mit Ablauf der Frist nichts mehr daran ändern, gerade weil mit Ablauf der Frist die Sache definitiv entschieden sein muß. Hier könnte sich freilich die Frage aufwerfen, welche Garantie die Parteien dafür haben, daß das Urtheil gerade so, wie es nach Ablauf der Frist publicirt würde, auch schon vor Ablauf der Frist gegeben worden sei, oder auch die Frage, welche Partei hat den Beweis zu führen, wenn eine Partei den Schiedsspruch mit der Behauptung, daß er in bestimmter Frist nicht gegeben worden sei, anfechten wollte.

Die Beantwortung dieser Fragen gehört zunächst nicht hierher, wo nur die Nachweisung bezweckt ist, daß es genüge, wenn der Schiedsspruch mit Ablauf der Frist gegeben worden sei, wenn er auch erst später publicirt wurde.

Allein die Schiedsrichter werden ihr Urtheil, wie es bei jeder beweisenden Urkunde vorgeschrieben ist, auch mit Datum und Unterschrift versehen und dann spricht bis zum Beweise des Gegentheils die Präsumtion für die Richtigkeit.[3]) Oder welcher Richter würde, wenn ihm der Schiedsspruch nach §. 207 der Pr.O. zur Vollzugsreiferklärung vorgelegt wird, vorerst eine Urkundenproduktion anordnen, um den Gegentheil über die Richtigkeit oder Aechtheit zu hören. Jedes zuständige Gericht wird das Urtheil sofort auf Vorlage für vollzugsreif erklären, ohne die Anerkennung von Seiten des Gegentheils oder gar den Aechtheitsbeweis abzuwarten.

Schließlich könnten wir auch fragen, welche Frist die Schiedsrichter zur Fassung des Urtheils haben, wenn ihnen bis zur Publikation z. B. 3 Monate oder 13 Wochen gegeben sind.

Angenommen die Schiedsrichter würden innerhalb 10 Wochen die Verhandlungen beendet und ihren Spruch gegeben haben und in der richtigen Meinung, daß ihnen noch 3 Wochen zur Publikation genügen, die Parteien zur Eröffnung vorladen, §. 206. 340 der Pr.O., solche aber in der angeordneten Tagfahrt nicht erscheinen, weil sie nicht können oder nicht wollen; nun müßte das Urtheil den Parteien schriftlich behändigt werden, §. 206. 343 der Pr.O., aber durch Verzögerung des Gerichtsboten geschähe die Zustellung nicht mehr in der zur Ertheilung des Schiedsspruchs bestimmten Frist.

Soll es hier von der Willkür der Parteien oder von zufälligen Umständen abhängen, ob der Schiedsspruch, wenn er etwa nicht gefallen sollte, als nichtig angefochten werden könne, Dies kann der Wille des Gesetzgebers nicht gewesen sein. Der Zweck ist erreicht, wenn das Urtheil *gegeben* ist, gleichviel, ob es einige Tage früher oder später *verkündet* wird, da von einer Justizverzögerung, wie bei dem ordentlichen Richter, keine Rede sein kann, wo die Justizleistung in so bestimmte Zeitgrenzen eingefaßt ist.

Meine Ansicht findet endlich auch noch eine Begründung in §. 211 der Pr.O., wo ausgesprochen ist, daß die Nichtigkeitsklage stattfinde, wenn die Grenzen der in dem Schiedsvertrage ertheilten *Entscheidungs*-Befugniß in Hinsicht auf die Zeit überschritten ist, also nur *entscheiden* sollen die Schiedsrichter den Streit in der ihnen gegebenen Frist.

Mußler, Amtsrichter.

---

[2]) Annalen 1850. (XVII.) Nr. 52. III. S. 415. 416. Red.

[3]) In Frankreich ist wiederholt entschieden worden, das Datum des schiedsrichterlichen Urtheils zeuge, ohne daß ein entgegengesetzter Beweis zugelassen werden könne.

Schiebe, Lehrbuch des Handelsrechts S. 795 vor und in Note 5.

s. auch Merlin, Répertoire, s. v. compromis IV. T. V. p. 282. 283. Red.

Digitized by Google

Anmerkung der Redaktion.

Schon nach röm. Recht wurde das Compromiß durch Ablauf der Frist, innerhalb deren der Spruch erfolgen sollte, aufgehoben.

l. 21 §. 8 } D. de receptis (4, 8.)
l. 32 §. 3 }

Puchta, Pandekten, §. 296 (achte Aufl. S. 447).

Dies ist auch in das fr. Recht übergegangen. Der Art. 1012 des Code de pr. civ. bestimmt nämlich:

„Le compromis finit:
2° par l'expiration du délai stipulé, ou de celui de trois mois s'il n'en a pas été réglé." *)

Aehnlich ist die Bestimmung in §. 213 unserer Prozeßordnung:

„Die Vollmacht der Schiedsrichter erlischt:
1) . . . .
2) . . . .
3) wenn die im Schiedsvertrage zur „Ertheilung" **) des Schiedsspruchs bestimmte Frist abgelaufen, oder bei Ermanglung einer solchen Frist drei Monate vom Tage des Schiedsvertrags an — ***) verflossen sind und die Parteien die Frist nicht verlängern."

Auch nach Art. 1053 des Entwurfs eines deutschen Handelsgesetzbuchs soll das Compromiß durch den Ablauf der Compromißzeit erlöschen und nach Art. 1062 die Anfechtung des, auf erloschenes Compromiß erlassenen Urtheils mittelst Anstellung der Nichtigkeitsklage erfolgen können.

Der römische Jurist Paulus wirft in
l. 19. §. 2. D. de receptis 4, 8
die Frage auf, ob der (von dem praetor in Sachen bonae fidei ernannte oder von den Parteien durch Privatübereinkunft bestellte) Schiedsrichter sein Urtheil abändern dürfe und entwickelt folgende Meinung:

„Et alias quidem agitatum est, si arbiter jussit dari, mox vetuit; utrum eo quod jussit, an eo quod vetuit stari debeat? Et Sabinus quidem putavit, posse. Cassius sententiam magistri sui bene excusat et ait: Sabinum non de ea sensisse sententia, quae arbitrium finiat, sed de praeparatione causae: ut puta si jussit, litigatores calendis adesse, mox idibus jubeat, nam mutare eum diem posse; caeterum si condemnavit vel absolvit, dum arbiter esse desierit, mutare se sententiam non posse."

In der l. 20 ibid. deutet Gajus als Grund an: „quia arbiter, et si erravit in sententia dicenda, corrigere eam non potest."

Das französische Recht enthält keine Bestimmung darüber, durch wen die Verkündung eines Schiedsspruchs zu erfolgen hat.

Art. 61 des C. de c. lautet:

„Le jugement arbitral est motivé; il est déposé au greffe du tribunal de commerce; il est rendu exécutoire sans aucune modification, et transcrit sur les registres, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal, lequel est tenu de la rendre pure et simple et dans le délai de trois jours du dépôt au greffe." *)

Der Art. 1020 des C. de pr.:

„Le jugement arbitral sera rendu exécutoire par une ordonnance du président du tribunal de première instance dans le ressort du quel il a été rendu; à cet effet, la minute du jugement sera déposée dans les trois jours, par l'un des arbitres, au greffe du tribunal etc.";

*) Vergl. art. 1028. 1° C. de pr. civ.

**) In den Motiven zu §. 212 der Pr.O. (in alter Fassung) wird S. 14 von der Frist zur Urtheilsfällung gesprochen.

***) Das römische Recht rechnet von der Annahme des receptum.

v. Wening-Ingenheim, Civ.Recht Bd. II. §. 279. S. 595 vor und in Note m.

Auch Art. 1052 des deutschen Handelsgesetzentwurfs rechnet vom Zeitpunkte der Annahme des Auftrags an.

Vergl. auch Sirey 24. 2. 163.

*) Der zweite Absatz des Art. 1060 des Entwurfs des deutschen Handelsgesetzbuchs lautet:

„Die Ausfertigung des Urtheils erfolgt bei dem Gericht, welchem die Vollstreckung desselben zusteht, zu diesem Zweck ist die Urschrift des Urtheils nebst den Verhandlungen von einem der Schiedsrichter oder von dem Obmanne binnen drei Tagen nach der Verkündung des Urtheils an das Gericht abzugeben."

In den Motiven dazu ist erörtert:

„Die gerichtliche Ausfertigung des Urtheils und deren Insinuation an die Parteien dient dazu, sowohl der Erkenntnißurkunde, die an sich nur eine Privaturkunde ist, den zur Ausführung des Spruchs erforderlichen öffentlichen Glauben zu verleihen und nachträgliche Abänderungen derselben zu verhüten, als auch ꝛc."

Digitized by Google

In Merlin, répertoire s. v.: „Arbitrage" T. 11. pag. 38. No. XXXIV. ist bemerkt:

La formalité de la prononciation n'était pas prescrite par la loi du 24. août 1790; elle ne l'est pas non plus par le Code de pr. c.

Vorher ist aber bemerkt:

„Quoique l'ordonnance de 1667 ait abrogé la formalité des prononciations des arrêts et jugemens, il faut néanmoins, pour la validité d'une sentence arbitrale, qu'elle soit prononcée aux parties dans le temps du compromis; autrement elle serait déclarée nulle. Deux arrêts du parlement de Paris des 18. Juin 1698 et 20. Février 1713, l'ont ainsi jugé. Cette jurisprudence est fondée sur ce que c'est la prononciation qui assure la date de la sentence."

Unsere Prozeßordnung enthält in §. 206 der Pr.O. die ausdrückliche Bestimmung:

„Die Schiedsrichter eröffnen ihre Urtheile den Parteien selbst, welche solches durch ihre Unterschrift zu beglaubigen haben. Der nicht erschienenen Partei wird das Urtheil schriftlich eingehändigt."

Art. 1060 des Entwurfs eines deutschen Handelsgesetzes lautet im ersten Absatz:

„Das schiedsrichterliche Urtheil wird durch die Schiedsrichter oder den Obmann den Partrien verkündet."

Unsere Prozeßordnung hat für alle Schiedssprüche, also auch für die im Handelsrecht (A.S. 61) erwähnten, vorgeschrieben, daß die Schiedsrichter ihre Urtheile selbst zu verkünden und dann erst auf den Antrag einer oder beider Parteien dasselbe dem Gericht zur Vollzugreiserklärung zu übergeben haben. §. 206. 207. 216 d. Pr.O.

Hierdurch ist auch die Verkündung des Schiedsspruchs an die Parteien ausdrücklich zu den Obliegenheiten des Schiedsgerichts gezählt, so daß nun unter „Ertheilung" des Schiedsspruchs, wie schon dieses, in Ziff. 3 des §. 213 d. Pr.O. gebrauchte, Wort andeutet, keineswegs nur die Schöpfung, Fällung, Fassung oder Verfertigung des Urtheils, sondern vielmehr die Erlassung desselben an die Parteien zu verstehen ist, also die Bekanntmachung an diese, wodurch ja erst seine Rechtswirksamkeit und Unabänderlichkeit eintritt.

fr. 19. §. 2. fr. 20. D. de receptis (4, 8).

§. 1121 der Pr.O.

Schmid, Handbuch des g. d. Civilpr. §. 87. Bd. I. S. 284.

Martin, Civilpr. §. 112. S. 195. Note f.; Vorlesungen über die Theorie des deutschen Prozesses S. 112.

Linde, Rechtsmittel §. 12.

v. Bayer, Vorträge über den gem. ord. Civilproceß §. 136. S. 425 oben.

Daher erscheint die Frist, welche das Gesetz oder der Schiedsvertrag „zur Ertheilung des Schiedsspruchs" bestimmt, nur dann als eingehalten, wenn der Schiedsspruch innerhalb derselben auch an die Parteien abgegeben, d. h. ihnen eröffnet worden ist. Erst durch diesen Akt erhalten die Parteien Gewißheit darüber, daß und wie er in der gesetzten Frist erging. Wenn die Urtheilseröffnung den Schiedsrichtern völlig frei gegeben wäre und nicht als die eigentliche „Ertheilung" des Urtheils betrachtet würde, so bliebe der Zeitpunkt ungewiß, mit welchem das Recht der Parteien auf Entschädigung wegen Nichtertheilung des Schiedsspruchs innerhalb der gesetzlichen Frist — §. 215 d. Pr.O. — und von welchem an die Wirkungen der Bestimmung des §. 213 einträten.

Wenn die Parteien zur Ertheilung des Schiedsspruchs eine Frist bestimmen, so wollen sie innerhalb dieser Frist erfahren, was nach der Ansicht der Schiedsrichter in ihrem Streit Rechtens ist; daher genügt es ihnen nicht, wenn in dieser Frist das Urtheil z. B. nur beschlossen oder zu Papier gebracht wird, und dann das Ermessen der Schiedsrichter über die Zeit der Urtheilseröffnung entscheiden würde, bis zu welcher eine wesentliche Abänderung des Urtheils ihnen noch frei stünde. Demnach läßt sich wohl behaupten, daß die Parteien in Folge des Schiedsvertrags nur dasjenige als Schiedsspruch anzuerkennen haben, was die Schiedsrichter innerhalb der im Vertrag bestimmten Frist ihnen als solchen verkündigen.

Bleiben beide Theile in der Verkündungstagfahrt aus, so sind sie es, welche die Ertheilung des Schiedsspruchs innerhalb der bestimmten Frist unmöglich machen. Hierin kann zwar nicht etwa eine Aufkündung des Auftrags erblickt werden, jedoch wird anzunehmen sein, daß die Parteien die zur Ertheilung des Urtheils bestimmte Frist verlängert; nämlich auf so lange Zeit erstreckt haben, als zur Ausfertigung und Behändigung des Schiedsspruchs erforderlich ist. Behauptet dann eine Partei, daß die Zustellung nicht mehr als in der Frist geschehen zu be-

Digitized by Google

trachten sei, so wird hier, wie in anderen ähnlichen Fällen *), nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sein, ob die Schiedsrichter die stillschweigend bewilligte, hinsichtlich ihrer Dauer durch die Natur der Sache begrenzte, weitere Frist überschritten haben.

II.

Zur Erneuerung eines abgelaufenen Schiedsvertrags ist eine übereinstimmende Erklärung beider Theile mit Bezugnahme auf die ihnen bekannte Thatsache des Ablaufs der Frist erforderlich.

Apotheker Weiß in Jestetten verkaufte am 12. April 1854 an den Apotheker Jäger von Dürrheim die Apotheke in Jestetten sammt der Filialapotheke in Grießheim und einer Krämerei-Concession. Da es sich jedoch herausstellte, daß Weiß zum Verkauf der beiden letztern Gegenstände nicht befugt war, klagte der Käufer auf Vertragsauflösung. Dieser Rechtsstreit wurde durch Vergleich vom 9. Februar 1855 erledigt. Auf den Grund dieses Vergleichs erhob Jäger in einer am 18. August 1856 eingereichten Klage verschiedene Ansprüche gegen den Verkäufer Weiß, worauf beide Theile sich unterm 1. Septbr. 1856 zu einem Schiedsvertrage einigten, wonach ihre gegenseitigen Ansprüche aus dem Kaufvertrage und dem Vergleich durch drei Schiedsrichter, ohne Vorbehalt der Berufung, entschieden werden sollten. Der Schiedsvertrag wurde theils wegen eingetretener Verhinderung eines und des andern Schiedsrichters, theils wegen Ablaufs der zur Ertheilung des Schiedsspruchs bestimmten Frist, mehrmals erneuert, insbesondere am 23. Januar und 17. Juli 1857, 8. Januar und 29 März 1858, und zwar letztmals nach Eintritt eines neuen Schiedsrichters mit Festsetzung eines dreimonatlichen Termins.

Am 4. November 1858 erging der Schiedsspruch.

Diesen focht der Käufer Jäger mit der Nichtigkeitsklage an. Er behauptete nämlich, daß die Schiedsrichter die Grenzen der ihnen durch den Schiedsvertrag ertheilten Entscheidungsbefugniß in Hinsicht auf Zeit (und Umfang) überschritten haben (§. 211 d. Pr.Ordn.) und zwar in Hinsicht auf die Zeit, weil die am 29. März, beziehungsweise 8. April 1858 den Schiedsrichtern ertheilte Frist von drei Monaten mit dem 8. Juli zu Ende gegangen sei.

*) Vergl. l. 137. §. 2. D. de verb. oblig. 45. 1.

Das Urtheil des großh. Amtsgerichts Waldshut vom 15. September 1859

„es sei der am 27. November 1858 dem Kläger zugestellte Schiedsspruch (der Schiedsrichter Hirsch, Hofmann und Fischer) vom 4. Novbr. v. J. für nichtig zu erklären und habe der Beklagte die Kosten des Streites zu tragen,"

wurde in beiden obern Instanzen bestätigt, von großherz. Oberhofgerichte am 4. September 1860 aus folgenden

Entscheidungsgründen:

Die Parteien konnten zwar nach Umlauf der Frist den Schiedsvertrag ebensowohl stillschweigend *) als ausdrücklich erneuern. Allein sie mußten sich hierüber in Uebereinstimmung befinden. Unterwarf sich der eine Theil dem schiedsrichterlichen Ausspruche unbedingt, der andere Theil aber nur unter Bedingungen, welche mit der Intention der Gegenpartei unvereinbar waren, so kann von einem Einverständniß der Parteien über die Fortdauer oder die Erneuerung des Schiedsvertrags unmöglich die Rede sein, weil die wesentliche Voraussetzung eines Vertrags, nämlich die Einwilligung, überall da mangelt, wo man nicht über Haupt- und Nebengegenstände einig geworden ist. Würde nun auch aus der Einreichung der Prozeßschriften des Klägers vom 9. August 1858 und des Beklagten vom 18. Juli, 17. August und 11. Sept. 1858 eine stillschweigende Verlängerung der Frist auf weitere drei Monate gefolgert werden können, obschon eine Erklärung des Klägers vom 8. September jenes Jahrs der Annahme eines Einverständnisses entgegensteht, so darf doch keinenfalls eine Uebereinstimmung der Parteien zur Erneuerung der mit dem 8. Okt. 1858 erloschenen Vollmacht der Schiedsrichter angenommen werden.

*) Sirey 26. 1. 381.
28. 1. 202.

Eine stillschweigende Verlängerung wird insbesondere darin gefunden, wenn die Parteien nach Ablauf der Frist vor den Schiedsrichtern verhandeln.

Sirey 23. 2. 220.
27. 2. 190.
33. 1. 877.

Auch der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs bestimmt in dem zweiten Absatz des Art. 1052:

„ꝛc. die Verlängerung wird auch ohne besondern Vertrag angenommen, so lange die Parteien nach abgelaufener Frist vor den Schiedsrichtern erscheinen, ohne deren Competenz zu bestreiten."

Digitized by Google

Vergleicht man nämlich die Erklärungen, welche beide Theile auf die von den Schiedsrichtern am 30. Septbr. 1858 an sie ergangene Aufforderung: „ob sie einen förmlichen Schiedsspruch verlangen, oder den von dem Schiedsrichtern projectirten Vergleich eingehen wollen?“ abgegeben haben, so gelangt man zur Ueberzeugung, daß ein Einverständniß der Parteien in einem wesentlichen Punkte nicht vorhanden war. Während nämlich der Beklagte in seiner Erklärung vom 12. Oktober dem Vergleiche oder aber dem Schiedsspruche sich schlechthin ohne allen Vorbehalt unterworfen hat, wollte der Kläger nach seiner Erklärung vom 11. Oktober in Verbindung mit jener vom 2. September 1858 zu dem Vergleiche sich nur bedingungsweise verstehen, einem Schiedsspruche aber nur mit Vorbehalt der Appellation, soweit seinen Anträgen nicht entsprochen würde, sich unterwerfen.

Der Beklagte hat also einen unter allen Umständen endgiltigen Schiedsspruch verlangt, welchem Verlangen der Antrag des Klägers geradezu widerstreitet. Es liegen mithin darüber, ob und unter welchen etwaigen Modifikationen der durch Ablauf der Frist erloschene Schiedsvertrag erneuert werden soll, nur abweichende Erklärungen der Parteien vor, welche eben deßhalb, weil sie in einem wesentlichen Punkte keinen gemeinsamen Willen ausdrücken, unverbindliche Unterhandlungen geblieben sind. Nebst dem fehlt es aber auch an einer zur Annahme einer stillschweigenden Vollmachtserneuerung berechtigenden Thatsache insofern, als die Parteien durch den schiedsrichterlichen Beschluß vom 30. Septbr. 1858 auf den bevorstehenden Ablauf der dreimonatlichen Frist nicht aufmerksam gemacht worden sind, es daher sehr wohl möglich ist, daß der Kläger bei Abgabe seiner Erklärung vom 11. Oktbr. nicht einmal wußte, daß damals der Termin bereits verstrichen war, weßhalb auch die Absicht, denselben zu erneuern, bei ihm nicht wohl unterstellt werden kann *). Es ist folglich die Annahme, daß die Schiedsrichter zur Erlassung des Schiedsspruchs vom 4. Novbr. 1858 nicht mehr befugt waren, gerechtfertigt ꝛc.

St.

*) Vrgl. Sirey 26. 2. 72.

20.

Sicherheitsleistung für Nutznießung.

L.R.S. 601.

J. S. Leuchtweis geg. Leuchtweis.

Es war unbestritten, daß der Nachlaß des am 27. August 1859 verstorbenen Andr. Leutweis-Zacher von Großrinderfeld kraft Erbrechts in das Eigenthum der Brüder des Erblassers (der Kläger) gekommen war und der Wittwe desselben (der Beklagten) auf Lebensdauer die eheliche Nutznießung des L.R.S. 738 a daran zustand.

Zu diesem Nachlaß gehörten:

1) die bei der Theilung inventirten ehemännlichen Liegenschaften im Anschlag von . . 7613 fl. — kr.
2) die Hälfte der errungenen Liegenschaften im Anschlage von . . . 100 fl. — kr.
3) die Hälfte der Fahrnisse und Forderungen, und zwar:
   Fahrnisse für . . . . . 1027 fl. 64 kr.
   sowie Forderungen im Betrage von 118 fl. 40 kr.

mithin Vermögensobjekte im Gesammtwerthe von . . . . . 8858 fl. 46½ kr.

Von den Streitpunkten, über welche bezüglich dieser Nutznießung in dem anhängig gemachten Prozesse verhandelt wurde, hebe ich nur einen als von hervorragenderem Interesse hervor. Er betrifft die Frage:

„bis zu welcher Summe die nach L.R.S. 601 von der Nutznießerin zu stellende Sicherheit sich erstrecken müsse.“

Während nämlich die Kläger behaupteten, daß die Sicherheit für den vollen Werth des Nutznießungsvermögens zu stellen sei, danach ihren Klagantrag stellten und der Unterrichter auch demgemäß erkannte, machte die Beklagte geltend, daß die Sicherheit sich nur bezüglich der Fahrnisse auf deren vollen Werth zu erstrecken, bezüglich der Liegenschaften dagegen auf denjenigen Betrag zu beschränken habe, um welchen der Werth derselben durch schlechte Bewirthschaftung vermindert werden könne. Die Beklagte verlangte daher, daß ihre Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung auf diesen, höchstens auf ⅓ des Anschlags der Liegenschaften sich belaufenden, eventuell durch Sachverständige noch näher festzustellenden, Betrag zurückgeführt werde.

Digitized by Google

In der mündlichen Schlußverhandlung führte der Anwalt der Beklagten aus, daß behufs dieser Feststellung derjenige Aufwand zu ermitteln sei, welcher erfordert werde, um die Liegenschaften in gutem Stand zu erhalten, und daß der capitalisirte Werth dieses Aufwands die festzustellende Summe ergebe.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises (III. Civ.Sen.) entschied diesen Streitpunkt in seinem Urtheil vom 1. Dezember 1860 dahin:

„daß die Sicherheit zu leisten sei:

1) bezüglich der Fahrnisse für deren vollen Werth;
2) bezüglich der Liegenschaften dagegen für denjenigen, durch Sachverständige zu ermittelnden, Betrag, um welchen durch eine nachlässige Bewirthschaftung,
   a) der Werth der Nutznießungsliegenschaften verringert, und
   b) in Folge der durch sie verursachten Minderung der Ertragsfähigkeit ein Verlust an dem Ertrag für die Zeit nach Beendigung der Nutznießung herbeigeführt

werden kann.

Zur Motivirung dieses Ausspruchs wird in den

Entscheidungsgründen

zu dem Urtheil ausgeführt:

„Die Sicherheit, welche die Beklagte zu leisten hat, ist nicht für diesen Werth (den oben berechneten Werth des gesammten Nutznießungsvermögens), sondern nach L.R.S. 601 dafür zu stellen, daß die Beklagte die, ihrer Nutznießung unterworfenen Gegenstände als guter Hausvater nutzen werde, d. h. sie ist so zu stellen, daß sie den Klägern eine genügende Garantie für alle Ersatzansprüche bietet, welche ihnen daraus erwachsen können, daß die Beklagte das Nutznießungsrecht nicht so, wie sie soll, sondern in einer die Kläger benachtheiligenden Weise schlecht benützt.

Der hiernach zu bestimmende Betrag der Sicherheit kommt zwar, soweit sie die Fahrnisse und Forderungen betrifft, dem Werthe derselben mit 1145 fl. 46½ kr. gleich, weil solche durch Mißbrauch des Nutznießungsrechtes vollständig aufgebracht oder beseitigt werden können, so daß am Ende der Nutznießung denkbarer Weise der volle Werth derselben zu ersetzen ist. (L.R.S. 587. 589). Dies verhält sich aber rücksichtlich der Liegenschaften im Werthe von 7713 fl. anders. Eine schlechte Benützung derselben, insbesondere eine schlechte Bewirthschaftung der Aecker und dergl. kann wohl zur Folge haben, daß sie nicht allein während der Nutznießung der Nutznießerin keinen Ertrag abwerfen, sondern daß auch nach Beendigung der Nutznießung die Ertragsfähigkeit zum Nachtheil des Eigenthümers noch für längere Zeit vermindert bleibt und sogar der Werth des Grundstückes selbst abnimmt; dagegen ist eine vollständige Zerstörung der Substanz der Grundstücke und damit eine gänzliche Vernichtung ihres Werthes nicht denkbar. *) Es ist daher nicht gerechtfertigt, wenn man die Sicherheit für ihre Benützung nach diesem Werthe bemißt, sondern sie ist nach der voraussichtlichen Minderung des Grundwerths der Liegenschaften und dem möglichen Verlust an Erträgniß nach Beendigung der Nutznießung zu bestimmen.

Es liegt in der Natur der Sache, daß der Betrag dieser Minderung nnd dieses Verlustes nicht für alle Grundstücke gleichmäßig, etwa nach einer Quote ihres Werthes festgesetzt werden kann, derselbe kann vielmehr nur für jede einzelne Liegenschaft nach ihrer besonderen Beschaffenheit durch Schätzung Sachverständiger annähernd ermittelt werden; es ist daher dem eventuellen Antrage der Beklagten, jedoch mit der Abweichung zu entsprechen, daß nicht nur auf den Minderwerth der Liegenschaften selbst, sondern auch noch auf den Verlust durch Verringerung der Ertragsfähigkeit Rücksicht genommen wird." —

Ueber diese Frage vergleiche man:

Zachariä, franz. Civilrecht (5. Aufl.) II. §. 226. Note 9. S. 10.
Boileux, ꝛc. zu Art. 601. II. S. 742.
Marcadé, ꝛc. zu Art. 601. II. S. 476.
Demolombe, ꝛc. (Brüssler Ausg.) V. No. 501 und 502. S. 400.
Duranton, ꝛc. (Brüssler Ausg.) II. No. 602. S. 463.

Beh.

*) Selbst bei gänzlicher Zerstörung eines Gebäudes bleibt immer noch der Werth des Grund und Bodens, auf welchem dasselbe stand, übrig. D. G.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stemdel. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 8.

21.

Vaterschaftsklage. L.R.S. 340a.

Das Geständniß des Beischlafs um die Zeit der gesetzlich unterstellbaren Empfängniß ist in dem der Vaterschaft enthalten. Dieses genügt zur Begründung der Vaterschaftsklage, wenn es nach Veranlassung und Inhalt ein freiwilliges und ernstliches, auch durch Thatsachen unterstützt ist.

Annalen XXVI. (1860.) No. 56. Ziff. 113. S. 237.

Zum Beweise desselben genügt eine Privaturkunde.

Ein Geständniß bedarf der Annahme nicht. Bei außergerichtlichen Geständnissen ist die Anwesenheit des Gegners nicht nöthig.

Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft begründet für das Kind nur einen Anspruch auf Ernährung.

Die ledige Sara Faist von Feudenheim hatte am 12. Oktober 1849 ein Mädchen geboren, welches den Namen Maria erhielt.

Maier Hirsch Ullmann von Eppingen, wo sie sich zu der Zeit der unterstellbaren Empfängniß aufgehalten hatte, war damals mit ihr verlobt gewesen.

Am 15 März 1858 bekannte er sich vor dem Vorstand des Synagogenraths zu Feudenheim als Vater des Kindes mit der Bitte, es ihm auszufolgen.

Hierüber wurde folgende Urkunde aufgenommen:

Geschehen Feudenheim, 15. März 1858.

Vor dem Vorstand des Synagogenraths dahier,
Theodor Kaufmann,
erscheint heute Maier Hirsch Ullmann von Eppingen und erklärt: Ich habe in Erfahrung gebracht, daß das Kind der ledigen Sara Faist von hier der israelitischen Gemeinde zur Verpflegung zur Last gefallen und zwar das Kind Namens Maria Faist; ich bekenne mich hiermit als Vater von dem Kinde und bitte mir dasselbe gefälligst ausfolgen zu lassen.

Vorgelesen und genehmigt:
M. H. Ullmann.
Leop. Sohn als Zeuge.

Vorstehende Unterschriften, sowie die Erklärung des Maier Hirsch Ullmann von Eppingen beurkundet:

Der Vorstand des Synagogenraths:
Th. Kaufmann.

Weil dem Gesuche um Ausfolgung des Kindes nicht entsprochen wurde, so nahm sich Maier H. Ullmann desselben nicht weiter an und widerrief das Geständniß, worauf Sara Faist als Vormünderin ihrer Tochter am 4. Februar 1859 gegen ihn eine Vaterschaftsklage auf den Grund jenes Geständnisses erhob und dessen Verurtheilung zur Zahlung eines Alimentationsbeitrags von wöchentlich 48 kr. bis zum Ende des 14. Lebensjahrs des Kindes beantragte.

Das großh. Amtsgericht Eppingen erkannte am 28. November 1859:

„die Klägerin sei unter Verfällung in die Kosten mit der erhobenen Klage abzuweisen."

Das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises entschied aber am 14. Februar 1860:

„das amtsgerichtliche Urtheil sei unter Verfällung der Klägerin in ¼ und des Beklagten in ¾ der Kosten beider Rechtszüge dahin theils zu bestätigen, theils aufzuheben:

Beklagter sei als der Vater des am 12. Oktober 1849 von der Sara Faist geborenen Kindes Namens Maria zu erklären und demgemäß schuldig, für dasselbe einen wöchentlichen Ernährungsbeitrag von 30 kr. — dreißig Kreuzern — vom 14. Februar v. J. dem Tage der Klagzustellung an bis zum vollendeten vierzehnten Lebensjahre der Klägerin bei Zwangsvermeidung zu bezahlen. Mit der Forderung der Ernährungsbeiträge für die Zeit von der Geburt des

Digitized by Google

Kindes bis zum Tage der Klagezustellung aber sei Klägerin abzuweisen"

Auf die vom Beklagten ergriffene Oberberufung wurde vom großh. Oberhofgericht am 10. Juli 1860

das Urtheil des großh. Hofgerichts bestätigt, unter Verfällung des Beklagten in die Kosten des dritten Rechtszuges.

Entscheidungsgründe.

Die Klägerin hat als Vormünderin (L.R.S. 393a) ihrer am 12. Oktober 1849 geborenen unehelichen Tochter am 4. Februar 1859 gegen den Beklagten eine Vaterschaftsklage auf Grund eines freiwilligen Geständnisses (L.R.S. 340a) erhoben und dessen Verurtheilung zur Zahlung eines Alimentationspreises von wöchentlich 48 kr. bis zum zurückgelegten 14. Lebensjahre beantragt.

Vom großh. Hofgericht ist sie mit der Alimentationsforderung von dem Tage der Geburt bis zu dem der Klagezustellung rechtskräftig abgewiesen, auch ist der wöchentliche Beitrag nur mit je 30 kr. ihr zuerkannt.

Der Beklagte hat jedoch das hofgerichtl. Urtheil deßhalb angefochten, weil das Geständniß, auf welches sich daſſelbe gründet, der Bezeichnung in L.R.S. 340a nicht entspreche, insbesondere kein freiwilliges und nicht der Klägerin gegenüber abgelegtes, auch von ihr nicht angenommen sei.

In der anerkannten Privaturkunde vom 15. März 1858 hat der Beklagte zwar nicht unmittelbar den Beischlaf mit der Klägerin um die Zeit der gesetzlich unterstellbaren Empfängniß zugestanden, das Geständniß dieser Thatsache ist jedoch in dem der Vaterschaft enthalten *),

Jahrbücher n. F. IX. S. 375. X. S. 219—221.
Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. S. 187,

auch genügt jene Privaturkunde als Beweismittel für daſſelbe, **)

Jahrbücher n. F. IX. S. 373.
Stabel, gebr. Heft von der Vaterschaft. S. 12.
Bähr, a. a. O. S. 187. 188.

*) Annalen I. S. 334.
VII. S. 156. 165.
XVI. S. 358.

**) Annalen XII. S. 181.
XIV. S. 358.

nachdem der Beklagte durch die Zurücknahme des Geständnisses die Klägerin zu dem Antrage genöthigt hat, denselben gerichtlich für den Vater ihres Kindes zu erklären. (L.R.S. 340. 340a.)

Denn L.R.S. 334 findet hier keine Anwendung; er spricht von der Anerkennung eines natürlichen Kindes durch den Vater, welche nach L.R.S. 338 Erbrechte verleiht, während durch die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft nach L.R.S. 762a nur ein Recht auf Ernährung begründet wird.

Ein Geständniß bedarf der Annahme nicht.
Zachariä, §. 767. Note 8. Bd. IV. S. 492.
Stabel, a. a. O. S. 12. Ziff. 2.

Allerdings ist es hier dritten unbetheiligten Personen gegenüber abgelegt, allein dies kommt, insofern es nur, wie hier, erweislich ist, nicht in Betracht, da bei außergerichtlichen Geständnissen die Anwesenheit des Gegners nicht erforderlich und wesentlich ist,

v. Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Prozeß. §. 224. S. 710—712.
Zachariä, §. 767. Note 9. Bd. IV. S. 492.
Seuffert, Archiv, Bd. IX. No. 110. S. 152. 153.
Brauer, Erläuterungen, Bd. I. S. 248.
Jahrb. n. F. VII. S. 321. IX. S. 376.
Bähr, a. a. O. S. 188,

und eine zum Zweck öffentlichen Gebrauchs in urkundliche Form gebrachte Erklärung einer mündlichen Aeußerung gegen die Geschwängerte mindestens gleichkommt.

An der Ernstlichkeit des Geständnisses ist nicht zu zweifeln, da es ausdrücklich zu dem Zwecke abgelegt wurde, um das Kind ausgefolgt zu erhalten. *)

Jahrbücher n. F. II. S. 192. IX. S. 376. X. S. 216.

Das Geständniß erscheint aber auch als freiwilliges, selbst wenn es auf Erinnerung an natürliche Pflichten von Seiten eines Dritten, zur Ausübung öffentlicher Gewalt nicht Berufenen, erfolgt wäre, was jedoch nach dem, hier zufolge L.R.S. 1347 zulässigen Zeugniß des Th. Kaufmann nicht einmal der Fall ist.

Daſſelbe ist endlich dadurch unterstützt, daß zur

*) Annalen XI. S. 44.
XII. S. 182.
XIV. S. 358.

Digitized by Google

entscheidenden Zeit zwischen der Klägerin und dem Beklagten ein Verlöbniß, sonach eine nähere, den Parteien bei ihren Verhältnissen zu Geschlechtsvertraulichkeiten Gelegenheit bietende, Bekanntschaft stattgefunden hatte.

Sis.

22.

Eine Partei kann ihre eigenen Anführungen oder Zugeständnisse widerrufen, wenn sie den Beweis führt, daß diese Anführungen oder Zugeständnisse auf Irrthum beruhen. Der Irrthum muß jedoch ein entschuldbarer sein: die Nachweisung der Entschuldbarkeit gehört zur Begründung des Widerrufs. Es genügt nicht die Nachweisung der Unwahrheit der Anführungen.

Hat der Anwalt irrige Anführungen gemacht, so kann die Partei zum Widerrufe nur zugelassen werden, wenn der Bevollmächtigte ihrem ausdrücklichen Auftrage zuwider gehandelt hat. Hat aber der Bevollmächtigte unwahre Angaben gemacht, ohne dazu von seiner Partei beauftragt gewesen zu sein, so ist er der Partei zum Schadenersatz verantwortlich: die Partei hat alsdann kein Recht zum Widerrufe.

Pr.O. §. 142—150.
L.R.S. 1356. 1109. 1110. 1110a.
Annalen 1853. No. 39. IV. S. 312.
No. 40. I. S. 313—316.
1858. No. 39. IV. S. 312.

In dem Rechtsstreite der Wittwe Fanny Auerbacher, als Generalbevollmächtigte ihrer Kinder Frida, Emanuel, Adolf, Albert, Simon und Seligmann Auerbacher gegen Dill, Forderung betreffend, schützte der Beklagte bezüglich einer Summe von 550 fl. die Einrede der Zahlung vor. Der Anwalt der Kläger gestand diese Zahlung zu. Als der Rechtsstreit im zweiten Rechtszuge lag, sah sich der kläger'sche Anwalt in Folge einer richterlichen Frage veranlaßt, umfangreiche Akten über eine Gant, welche zu dem jetzt in Frage liegenden Prozesse die Veranlassung gegeben hatte, seiner Prüfung zu unterziehen. Er glaubte hier die Entdeckung gemacht zu haben, daß die beklagter Seits behauptete Zahlung von 550 fl. in der That noch nicht geleistet worden war. Der kläger'sche Anwalt hatte übrigens das Geständniß der Zahlung nicht etwa, ohne Instruktion eingeholt zu haben, oder gar gegen den ausdrücklichen Auftrag, seiner Partei abgelegt. Er behauptete vielmehr, von Seligman Auerbacher so unterrichtet worden zu sein.

Die Kläger reichten nunmehr durch denselben Anwalt bei dem Richter erster Instanz, wo das angebliche irrige Geständniß abgelegt worden war, eine Wiederherstellungsklage ein, worin diese Thatsachen vorgetragen, und auf den Grund, daß das Geständniß auf Irrthum beruhe, Zulassung zum Widerrufe begehrt wurde.

Der Unterrichter versagte die Ladung, indem er sein Erkenntniß auf den §. 144 der Pr.O. stützte.

Dieses Erkenntniß wurde von dem mittelrheinischen Hofgerichte bestätigt, und zwar aus folgenden

Gründen.

Die Kläger sind durch die unterrichterliche Ladungsversagung nicht beschwert. Es ist zwar nicht richtig, daß der Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses nur dann statt findet, wenn ein Bevollmächtigter gegen den ausdrücklichen Auftrag seiner Partei ein irriges Geständniß abgelegt, oder eine irrige Angabe gemacht hat. (Pr.O. §. 144). Aus den verschiedenen Bestimmungen der Pr.O. in §. 142—150 kann nur gefolgert werden, daß ein irriges Geständniß, oder eine irrige Angabe des Anwalts dann von der Partei nicht widerrufen werden darf, wenn der Anwalt ohne einen ausdrücklichen Auftrag seines Vollmachtgebers gehandelt hat. Alsdann ist der Anwalt wegen seines Versehens der eigenen Partei verantwortlich: dieser aber steht das Recht nicht zu, durch einen Widerruf der Gegenpartei die Vortheile zu entreißen, welche ihr durch die Angaben des Anwaltes im Prozesse erwachsen sind. Anders aber verhält es sich, wenn die Partei selbst aus Irrthum ein unwahres Geständniß abgelegt hat. Hier gestattet die durch die Prozeßordnung nicht abgeänderte Bestimmung des Landrechts in S. 1356, daß das Geständniß widerrufen werden darf; jedoch nicht ohne den Beweis, daß es Folge eines Irrthums über eine Thatsache war.

Wendet man diese Sätze auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich die Unstatthaftigkeit des Gesuchs; denn

1) liegt hier nicht ein von der Partei selbst abgelegtes irriges Geständniß vor. Generalbevollmäch

Digitized by Google

tigte sämmtlicher Kläger ist Fanny Auerbacher. Nicht diese ist es aber, welche das Geständniß abgelegt oder den kläger'schen Anwalt bevollmächtigt hat, das Geständniß abzulegen. Letzteres soll vielmehr Seligman Auerbacher gethan haben, wofür übrigens auch nicht einmal eine Bescheinigung beigebracht worden ist. Nach §. 142. 143 der Pr.O. werden aber als Geständnisse oder Angaben der Partei (— vorausgesetzt, daß diese die Partei nicht in Person deponirt hat —) nur solche benannt, welche der Anwalt in Gegenwart der mitterschienenen Partei abgegeben, oder in — von der Partei mitunterschriebene Schriftsätze niedergelegt hat. Will man auch die Frage hier nicht entscheiden, ob eine Angabe des Anwaltes, welche gemäß dem Auftrage der Partei gemacht worden ist, nie als eine Angabe der Partei selbst betrachtet werden dürfe, so geht doch aus den angeführten Paragraphen der Pr.O. so viel hervor, daß, um eine Angabe des Anwaltes für eine Angabe der Partei auszugeben, es keinenfalls genügen kann, wenn die Partei, oder einer der verschiedenen Streitgenossen hinterher einfach, ohne auch nur einen Beweis dafür beizubringen, behauptet, der Anwalt habe seiner Instruktion gemäß gehandelt. *) — — —

2) Wäre aber auch das irrige Geständniß als von der Partei selbst abgelegt zu betrachten, so fehlt es an dem Nachweise des Irrthums. Schon die angeführten Beweismittel sind keinenfalls zureichend; denn daraus würde sich wohl eine hohe Wahrscheinlichkeit, aber keineswegs eine Gewißheit ergeben, daß die Zahlung nicht geleistet worden ist. Allein wenn auch diese Gewißheit daraus hervorginge, so würde dieses wohl die Unwahrheit des Geständnisses beweisen: es würde aber nicht genügen zum Beweise des Irrthumes, d. h. zu dem Beweise, daß die Partei bei der Abgabe des Geständnisses in dem Glauben sich befunden habe, daß sie ein dem Inhalte nach wahres Geständniß ablege, während dasselbe in der That unwahr, irrig gewesen ist. Um dies darzuthun, muß die Partei anführen und nachweisen, auf welche Weise sie zu dem Glauben gekommen ist, in dem sie das Geständniß abgelegt hat; mit andern Worten, wie sie zu dem Irrthum verleitet worden ist. Denn in dem Civilprozesse ist es nicht, wie in dem Strafprozesse, die Aufgabe des Richters, materielle Wahrheit zu erzielen. Er muß vielmehr die Behauptungen der Parteien als aus ihrem Willen hervorgegangen betrachten und annehmen, selbst wenn er von der Unwahrheit dieser Behauptungen überzeugt wäre. Und es steht den Parteien frei, durch unmittelbaren Verzicht, oder mittelbar durch Zugeständnisse der Behauptungen des Gegentheils diesem Rechte einzuräumen, und eigene Rechte aufzugeben. Der einfache Beweis der Unwahrheit eines Geständnisses würde daher nur den Verzicht einer Partei auf ihr Recht, nicht aber den Irrthum beweisen. Um dies darzuthun, muß — wie erwähnt, die Entstehung des Irrthums nachgewiesen werden. Dies ist von den Wiederherstellungsklägern ebenfalls nicht geschehen. Es wäre aber um so nöthiger gewesen, als nicht jeder Irrthum zu einem Widerrufe des Geständnisses berechtigt, sondern nur derjenige, welcher nicht aus eigener Verschuldung hervorgegangen ist. L.R.S. 1110a.

Die Folgen eigener Verschuldung muß nach allgemeinen Grundsätzen Jeder selbst tragen: und ebenso ist es ein feststehender Grundsatz, daß wer Rechte eines Andern für sich in Anspruch nehmen will, die ganze Grundlage dieses seines Anspruches darlegen und beweisen muß.

Durch ein Geständniß werden, wie bereits erwähnt, dem Prozeßgegner Rechte eingeräumt. Durch den Widerruf sollen dem Gegner diese Rechte, die in seine Eigenthumssphäre bereits übergegangen waren, wieder entzogen werden. Die Grundlage dieser von dem Widerrufskläger in Anspruch genommenen Befugniß ist der Irrthum. Wenn nun das Gesetz nur unter der Voraussetzung, daß der Irrthum nicht ein selbstverschuldeter war, den Widerruf des irrthümlichen Geständnisses zuläßt, so muß der Widerrufende auch die Entschuldbarkeit des Irrthums nachweisen. Dieser Nachweis bildet daher einen nothwendigen Theil der Widerrufsklage: und es ist nicht Sache der Einrede, die eigene Verschuldung des irrig Gestehenden erst zu behaupten. — —

Die Entscheidungsgründe weisen nun nach, daß nach den eigenen Anführungen der Kläger die fraglichen Akten ihnen schon früher zu Gebote gestanden waren, und sie alle Veranlassung hatten, dieselben zu prüfen, worauf sie mit den Worten schließen: „Diese eigene Verschuldung, welche in der Nichtbenützung der ihnen zu Gebote stehenden Akten liegt, benimmt ihnen das Recht, die Folgen ihres Irrthumes auf den Gegner zu wälzen, und den ihm durch das Geständniß eingeräumten Vortheil ihm wieder zu entziehen." Ottendorff.

*) Folgt hier eine Ausführung, ob eine Instruktion durch Seligman A. als eine Instruktion durch die Partei anzusehen sei.

Digitized by Google

23.

Die in dem vorderösterreichischen Recht ausgesprochene gesetzliche Vermuthung, daß die Errungenschaft dem Ehemanne gebühre, konnte durch Ehevertrag beseitigt werden, und zwar nicht nur direct, sondern es genügte hierzu die in dem Vertrag mittelbar kundgegebene Absicht.

Solche Eheverträge blieben auch nach Einführung des badischen Landrechts gültig.

In Sachen

des Notars Matheus Weiß von Waldkirch, jetzt in Bonndorf, für sich und als Gewalthaber des Friedrich Schleitheim in Waldkirch, der Theresia Wernet in Kollnau, und des Johann Wernet in Wien, Kläger

gegen

Stephan Dillberger von Waldkirch, Beklagten, jetzt dessen minderjährige Tochter Stephanie Dillberger, unter Vormundschaft des Joseph Anton Bruder von dort,

Erbschaftsforderung betr.,

wurde auf das Urtheil des großh. Amtsgerichts Waldkirch vom 5. Januar 1860 besagend:

„die Kläger seien mit ihrer Klage unter Verfällung in die Kosten abzuweisen;“

sodann

auf die dagegen von den Klägern ergriffene Berufung an das großherz. Hofgericht des Oberrheinkreises und auf das von diesem nach vorausgegangener Verhandlung unterm 6. Juli 1860 gefällte bestätigende Urtheil;

endlich

auf die auch hiergegen von dem klagenden Theil eingewandte Oberberufung von großh. Oberhofgerichte am 7. Februar 1861 zu Recht erkannt:

daß die Urtheile der beiden vordern Instanzen — unter Verfällung des klagenden oberappellantischen Theils auch in die Kosten des dritten Rechtszuges — zu bestätigen seien.

Entscheidungsgründe.

Die gesetzlichen Erben des am 1. April 1841 verlebten Joseph Mais fordern an die Verlassenschaft seiner unterm 12. April 1857 gleichfalls mit Tod abgegangenen Wittwe Appolonia geb. Dillberger die Hälfte der ehelichen Errungenschaft mit 1643 fl. 39 kr., sodann die angeblich von der Wittwe verheimlichten Vermögenstheile im Betrage von 3170 fl. 48 kr., und außerdem Zinsen zu 5 pCt. aus beiden Summen vom 1. April 1841 an.

Hinsichtlich des ersten Anspruchs steht jedoch den Klägern der §. 9 des Ehevertrags vom 11. April 1807 entgegen, worin Joseph Mais für den wirklich eingetretenen Fall seines kinderlosen Vorabsterbens seiner Braut, neben dem während der Ehe ererbten Vermögen, die Hälfte der Errungenschaft zugedacht hat.

Nun behaupten aber die Kläger, daß nach dem vorderösterreichischen Rechte, unter dessen Herrschaft der Ehevertrag errichtet worden, dem Manne die Errungenschaft allein gebühre, und legen daher den §. 9 so aus, daß dadurch nur über die eine Hälfte dieser Errungenschaft zu Gunsten der Mais'schen Wittwe verfügt, die andere Hälfte sohin den ehemännlichen Erben zugefallen sei.

Allein die Kläger, welche ihren Anspruch auf den von ihnen als gültig anerkannten Ehevertrag gründen, müssen auch dessen ganzen Inhalt gegen sich gelten lassen.

Aus den einzelnen Bestimmungen, insbesondere aus den §§. 5 u. 9 ergibt sich aber, daß die Errungenschaft gemeinschaftlich sein soll, weil sonst nicht ein jeder der beiden Ehegatten zu Gunsten des andern für den Fall des kinderlosen Vorabsterbens über die Hälfte hätte verfügen können. L.R.S. 1156. Durch diesen Inhalt des Ehevertrags ist die gesetzliche Vermuthung des vorderösterreichischen Rechts, daß die Errungenschaft ein Eigenthum des Mannes sei, in zulässiger Weise beseitigt.

Vergl. Petzeck Grundsätze ꝛc Bd. I. §. 384. 385.

Aus der Vergleichung der Bestimmungen in §. 5 u. 9 des Ehevertrags ergibt sich auch, daß die Eheleute sich auf den Fall des kinderlosen Absterbens wechselseitig zu Erben ihres ganzen Nachlasses einsetzen wollten, wobei sich nur die Ehefrau, nicht aber der Ehemann, eine Summe zum Vortheil ihrer Verwandten oder zur freien Verfügung vorbehalten hat.

Da nun der mehrgedachte Ehevertrag zufolge Abs. XII. Ziff. 3 des ersten Einf.Ed., vergl. mit der Rechtsbelehrung vom 2. Dezbr. 1812 (Reggsbl. S. 229) auch nach Einführung des neuen Landrechts gültig geblieben ist, so hatte die Joseph Mais'sche Wittwe, als überlebender Erbtheil, die ganze Errungenschaft anzusprechen, nemlich die eine Hälfte als ihren ehelichen Antheil und die andere als Vermächtniß ihres Mannes.

So wurde auch die Sache, auf Ableben des Letzteren,

Digitized by Google

im Jahre 1841 von der Theilungsbehörde und der ehemännlichen Verwandtschaft angesehen und demgemäß der Wittwe das gesammte Vermögen als ihr Eigenthum überlassen. Ist hiernach das gesammte Vermögen, wie solches beim Ableben des J. Mais vorhanden war, als alleiniges Eigenthum seiner Wittwe mit Recht zu betrachten, so fällt der weitere Anspruch der Kläger auf die angeblich verheimlichten Vermögenstheile und auf die Zinsen aus den beiden Hauptforderungen von 1643 fl. 9 kr. und von 3170 fl. 48 kr. von selbst hinweg.

Da hiernach die Kläger in allen Beziehungen mit Recht abgewiesen worden sind, so mußte nach Ansicht des §. 168 der Pr.O. — wie geschehen — bestätigend erkannt werden. Stf.

24.

Ein auf der Theilnahme am Gemarkungsverband beruhendes Waidrecht bildet keine privatrechtliche Grundgerechtigkeit im Sinne des L.R.S. 637, die Klage auf Anerkennung eines solchen Waidrechts ist daher vor den bürgerlichen Gerichten nicht zulässig.

Annalen XII. S. 242.

Die Standesherrschaft Fürstenberg nahm als Besitzerin eines auf der Gemarkung der Gemeinde Sunthausen gelegenen Hofgutes ein Waidrecht für eine bestimmte Anzahl Pferde, Fohlen, Kühe, Schaafe auf der gesammten Allmend der Gemeinde als Privatrecht in Anspruch und verlangte die Anerkennung dieses Rechts und da die Gemeinde Sunthausen im Jahre 1834 die Allmend zum Genuß unter die einzelnen Bürger vertheilt und dadurch die Standesherrschaft an der Ausübung ihres Waidrechts verhindert hatte, nach §. 95 der Gemeindeordnung Entschädigung hiefür.

Aus den vorgelegten früheren Prozeßverhandlungen und Urkunden, insbesondere aus der Viehausschlagsordnung von 1668, welche die Grundlage des Waidrechts bildet, ergab sich aber, daß das Waidrecht auf der Allmende Sunthausen von der Standesherrschaft Fürstenberg als Besitzerin eines auf der Gemarkung Sunthausen gelegenen Hofguts nur aus gleichem Grunde und in gleicher Weise ausgeübt worden sei, wie dieses bezüglich aller übrigen Güterbesitzer und Gemarkungsgenossen der Fall war, und daß es auch nur in dieser Weise von der Gemeinde in einem früheren Prozesse anerkannt worden ist.

In erster Instanz wurde auf einen von der beklagten Gemeinde zu leistenden Reinigungseid über den verjährten Besitzstand erkannt, in II. und III. Instanz aber die klagende Standesherrschaft mit ihrer Klage abgewiesen.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 8. Mai 1860 lauten wie folgt:

Die Klägerin begehrt, daß die Beklagte eine Waidgerechtigkeit anerkenne, welche dem standesherrlichen Hofgute auf Sunthauser Gemarkung für eine bestimmte Anzahl Vieh am gesammten Allmend zustehe. Dieses Begehren ist jedoch unbegründet, da, — wie in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen nachgewiesen wurde, — aus den von der Klägerin zum Beweis ihres Rechts angerufenen Urkunden erhellt, daß dieses Recht kein anderes war, als dasjenige, welches allen Besitzern größerer Güter auf Sunthauser Gemarkung — und zwar nach Inhalt der Viehausschlagsordnung von 1668 ohne Unterschied, ob sie Ortsbürger waren oder nicht, — zustand, daß es somit als ein, auf der Theilnahme am Gemarkungsverband, — einem öffentlichrechtlichen Verhältniß — beruhendes Recht, keine Grundgerechtigkeit im Sinne des L.R.S. 637 bildete.

In dem Rechtsstreit, welcher in den Jahren 1815—1819 über die Waidberechtigungen der Sunthauser Güterbesitzer am Allmend geführt wurde, haben zwar die Gerichte, indem sie der gemeinrechtlichen Ansicht folgten, welche die Nutzungsrechte der sog. Realgemeinden am Allmendgut, wenn gleich nicht als eigentliche Servituten doch als Privatrechte auffaßte (Gerber, deutsches Privatrecht §. 51), auch jene Waidberechtigungen für Privatrechte erklärt. Als solche können sie aber nicht mehr erscheinen, seit die §§. 85 und 92 (jetzt 104 und 113) der Gemeindeordnung nur noch diejenigen Genußrechte am Allmendgut für privatrechtliche anerkennen, welche unwiderruflich an dem Besitz einer bestimmten Liegenschaft haften, was bei den Waidberechtigungen der Sunthauser Güterbesitzer nicht der Fall war, indem sie schon zufolge der Ausschlagsordnung von 1668, wie zufolge des Vergleichs vom 10. April 1811 nach Umständen reducirt werden konnten, auch in der That reducirt wurden, und nicht an bestimmten Gütern hafteten, sondern an den Besitz einer gewissen Anzahl von Gütern geknüpft waren, so daß z. B. der Besitzer von 12 Morgen Feld einen Maststier- und einen Pferdeausschlag hatte,

Digitized by Google

aber nach Verkauf von 4 Morgen den Maſtſtier- und nach Verkauf von weiteren 4 Morgen auch den Pferdeausſchlag verlor, ohne daß dieſe Ausſchläge auf den Käufer der Grundſtücke übergingen, wenn dieſer nicht ſchon zuvor 8 beziehungsweiſe 4 Morgen beſeſſen hatte.

Hgr.

25.

Die Appellation beziehungsweiſe Oberappellation gegen Urtheile über Ablöſung der Laſt der Faſelhaltung muß innerhalb der Nothfriſt von vier Wochen ausgeführt werden; die Oberappellation iſt aber dann nicht zuläſſig, wenn zwei gleichlautende Urtheile der vordern Inſtanzen vorliegen.

§. 11 des Geſ. v. 3. Aug. 1837 Reggsbl. No. 29. S. 208.

§. 66 des Zehntablöſungsgeſetzes.

Die evangeliſche Pfarrei Münzesheim, welche für die Gemeinde daſelbſt das nöthige Faſelvieh zu halten hatte, verlangte die Ablöſung dieſer Laſt.

Das Amtsgericht Bretten erkannte die beklagte Gemeinde am 20. Januar 1860 für ſchuldig, dieſe Laſt ablöſen zu laſſen und ſetzte die Ablöſungsſumme auf 6341 fl. feſt. Gegen dieſes Urtheil appellirte die Pfarrei, es wurde aber von dem großh. Hofgerichte des Mittelrheinkreiſes am 24. April beſtätigt.

Das hofgerichtliche Urtheil wurde dem großh. evang. Oberkirchenrathe Namens der Pfarrei am 9. Mai zugeſtellt und an demſelben Tage kam eine Oberappellationsanzeige von dem Fiscalanwalt ein, die Ausführung der Oberappellation aber erſt am 14. Juni.

Der oberappellantiſche Anwalt, unter Hinweiſung auf §. 66 des Zehntablöſungsgeſetzes zur Nachweißung der Zuläſſigkeit des Rechtsmittels aufgefordert, führte aus, jener Paragraph beziehe ſich nur auf ſolche Erkenntniſſe, durch welche über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Schätzung erkannt werde. Hier handle es ſich aber um die, als Grundlage und Vorausſetzung derſelben anzuſehende, Frage, ob bei der Schätzung die Laſt zur Haltung eines oder zweier Rindsfaſel, wie die Pfarrei behaupte, oder dreier Rindsfaſel, wie die Gemeinde behaupte, zu Grund zu legen ſei, mit andern Worten um Beſtimmung des Umfangs der Laſt, und §. 72 des Zehntablöſungsgeſetzes behalte ſolche Anſprüche bezüglich des Umfangs der Laſt dem ordentlichen Rechtswege vor.

Allein das großh. Oberhofgericht verwarf durch Erkenntniß vom 10. Juli

In Sachen
der evangeliſchen Pfarrei Münzesheim
gegen
die Gemeinde Münzesheim,
Faſellaſtablöſung betr.

die von der Klägerin gegen das Urtheil des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreiſes vom 24. April 1860 I. Sen. ergriffene Oberberufung als unſtatthaft.

Entſcheidungsgründe.

Die von der klagenden Pfarrei gegen das hofgerichtliche Urtheil ergriffene Oberappellation erſcheint nicht ſtatthaft.

In dem Geſetz vom 3. Auguſt 1837 Reg.Bl. No. 29 über Ablöſung der Laſt der Faſelhaltung, um welche es ſich hier handelt, verweiſt der §. 11 hinſichtlich des weiteren Verfahrens, welches nach einem in erſter Inſtanz über die Größe des Ablöſungskapitals ergangenen Erkenntniſſe einzutreten habe, auf den §. 66 des Zehntablöſungsgeſetzes. Nach den Beſtimmungen dieſes §. 66 des Zehntablöſungsgeſetzes würde aber eine Oberappellation in vorwürfigem Falle ſchon deßhalb nicht ſtattfinden, weil gleichförmige Erkenntniſſe der beiden vordern Inſtanzen hinſichtlich des Ablöskapitals vorliegen.

Sodann iſt die Oberappellationsausführung verſpätet — indem in dem erwähnten §. 66 des Zehntablöſungsgeſetzes ſowohl für die Appellation, als für die Oberappellation abweichend von den deßfallſigen Vorſchriften der Pr.O. kurzweg eine Friſt von vier Wochen beſtimmt iſt, und die vorwürfige Oberappellationsausführungsſchrift gegen das hofgerichtliche Urtheil, welches am 9. Mai l. J. Namens der klagenden Pfarrei an den großh. evangeliſchen Oberkirchenrath zugeſtellt war, erſt am 14. Juni l. J. alſo erſt nach Ablauf jener vierwöchentlichen Friſt, einkam.

Vrgl. Oberhofgerichtl. Jahrb. n. F. VIII. (1844.) S. 437 ff.

Von Seite der Oberappellantin wird nun, um der Oberappellation Eingang zu verſchaffen, auszuführen ge-

Digitized by Google

sucht, die Vorschriften des erwähnten §. 66 hätten, wenn man denselben mit dem weiteren §. 72 desselben Gesetzes in Verbindung bringe, nur solche Fälle im Auge, wo es sich blos um die technische Frage der Werthsberechnung der Ablösung handle, und wo der Richter auf Grund des Abschätzungsverfahrens blos über den Betrag der Ablösungssumme zu erkennen habe. Im vorliegenden Falle aber, wo der Belastete nach der anerkannten ursprünglichen Rechtsurkunde vom Jahre 1663 Faselvieh nach Bedürfniß der Gemeinde zu halten verpflichtet, die Last also hinsichtlich der Zahl des Faselviehes unbestimmt sei, handle es sich zunächst auch um die Frage, welches der dermalige Umfang der fraglichen Last sei, der der Berechnung des Ablöskapitals zu Grund gelegt werden müsse, ob die Last, wie die klagende Pfarrei behaupte, nur zwei Rindsfasel (neben einem unbestrittenen Eberfasel) oder wie die beklagte Gemeinde behaupte, und bei den vorderinstanzlichen Erkenntnissen angenommen worden sei, drei Rindsfasel begreife. Dieser Punkt liege außerhalb des Abschätzungsverfahrens, bilde vielmehr eine Voraussetzung und Vorfrage für dasselbe, und in sofern nun die vorderen Instanzen auch über diese Vorfrage erkannt hätten, müßten nach §. 72 des Z.A.Ges. sowie nach §. 11 und 6 bis 8 des Gesetzes vom 3. August 1837 — für die deßfallsigen Erkenntnisse die Vorschriften des gewöhnlichen Prozeßverfahrens und also auch die dort gegebenen Erfordernisse und Fristen für die Rechtsmittel gelten.

Diese Ausführung ist jedoch nicht begründet. Dem §. 66 des Z.A.Ges. muß schon für die Zehntablösungen eine ausgedehntere Bedeutung beigelegt werden, als dies von Seiten der Oberappellantin geschieht, da jener §. nach seiner Stellung sich auf das ganze auf die Ermittlung des Ablösungskapitals gerichtete Verfahren, wie solches die vorangehenden §§. 58 — 65, beziehungsweise die §§. 27 und 28 flgd. enthalten, beziehen muß, wie auch aus den landständischen Verhandlungen zu §. 66 sich ergibt, daß durch die dort festgesetzten Beschränkungen hinsichtlich der Rechtsmittel nicht nur eine Abkürzung des Abschätzungsverfahrens im engeren Sinne, sondern jenes ganzen auf die Ermittlung des Ablösungskapitals gerichteten Verfahrens überhaupt beabsichtigt wurde.

Landständ. Verh. v. 1833. Sitzung der 2. Kammer v. 18. Sept. 1833 (Bll. 2. K. 13. Heft S. 206 — 209).

Es tritt aber bei dem Gesetz über Ablösung der Fasellasten auch der weitere Umstand hinzu, daß in dieses Gesetz der § 72 des Z.A.Ges nicht mit herüber genommen wurde; und wenn daher bei Zehnten von bestrittenem Umfang, nachdem bei dem Ablösungsverfahren der Umfang nach dem Besitzstande der Bemessung des Ablösungskapitals zu Grund gelegt worden war, noch eine endgültige Entscheidung über den Umfang des Zehntrechts zum besonderen Austrag im ordentlichen Rechtsweg vorbehalten war: so ist ein ähnlicher Vorbehalt in dem Gesetz über Ablösung der Fasellast nicht gemacht, und soll, wenn, wie im vorliegenden Fall, die Zahl des zu haltenden Faselviehs unbestimmt ist, und behufs der Schätzung des Ablösungskapitals festgesetzt werden muß, gemäß §. 7 lit. b des Gesetzes der Besitzstand der Normalperiode im Ablösungsverfahren ermittelt werden, und kurzweg, ohne daß ein weiterer Austrag hierüber im ordentlichen Rechtsweg vorbehalten wäre, für Festsetzung des Ablösungskapitals „entscheidend" sein.

Um so mehr muß daher angenommen werden, daß auch diese Ermittlung des Umfanges der Last zu jenem Ablösungsverfahren behufs der Feststellung des Ablösungskapitals zu rechnen ist, auf welches das in §. 11 bemerkte Erkenntniß und daher auch die durch Hinweisung auf den §. 66 des Zehntablösungsgesetzes gegebenen Vorschriften über die Rechtsmittel gegen solche Erkenntnisse — sich beziehen. Es ist auch in den landständischen Verhandlungen über das Gesetz über die Ablösung der Fasellasten in Bezug auf den §. 11. Abs 2 und 3 nirgends eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen voranstehenden Paragraphen und den darin behandelten Verrichtungen, welche die Feststellung des Ablöskapitals bezwecken — gemacht und nirgends angedeutet, daß das Erkenntniß, sofern es sich auf Ermittlung der Zahl des Faselviehs bei einer in dieser Hinsicht nicht festbestimmten Last beziehe, nicht unter die Vorschriften des angezogenen §. 66 des Zehntablösungsgesetzes fallen solle.

Vrgl. Landst. Verhandl. von 1837. II Pr Heft der II. Kammer S. 38—42. (Sitzung vom 28 April 1837 und Commissionsbericht der II. Kammer, Abs. VII. S. 197—198 des III. Beil.H.)

Stf.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 9.

26.

Gegen die gantrichterliche Genehmigung eines von dem Gläubigerausschuß abgeschlossenen Vertrags findet das Rechtsmittel — nicht der Appellation — sondern der Beschwerdeführung statt.

§. 929. 1199. Ziff. 7 der Pr.O.

Nach Ausbruch der Gant gegen den Freiherrn Friedrich von Böcklin in Rust wurden dessen Güter von dem provisorischen Massepfleger mit Gutheißen des Gantgerichts in Selbstverwaltung genommen und hierbei beließ es die Gesammtheit der Gläubiger in der Liquidationstagfahrt.

Am 5. Dezember 1860 schloß jedoch der Gläubigerausschuß mit dem Cridar und dessen Söhnen einen Pachtvertrag, bezüglich der Massefie genschaften ab, welchem das großh Hofgericht des Oberrheinkreises am 17. Januar 1861 die gantrichterliche Genehmigung ertheilte.

Hiergegen führten die Freiherrn Emil von Böcklin in Offenburg und Leopold von Böcklin in Mannheim die Appellation, eventuell die Beschwerdeführung aus, weil sie ihre Befriedigung aus den Erträgnissen der Lehen- und Stammgüter durch die Verpachtung an den zahlungsunfähigen Nutzeigenthümer für gefährdet hielten.

Das großh. Oberhofgericht erkannte:

I. bezüglich der Appellation:

die von den Freiherrn Emil von Böcklin in Offenburg und Leopold von Böcklin in Mannheim ergriffene Appellation gegen den Beschluß des großh. Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 17. v. M., No. 228. II. Sen., sei unter Verfällung der Appellanten in die durch die Ergreifung dieses Rechtsmittels verursachten Kosten als unstatthaft zu verwerfen.

Entscheidungsgründe.

ꝛc. Das Rechtsmittel der Berufung ist unstatthaft. Appellation findet gemäß §. 1125 der Pr.O. gegen ein Urtheil statt, wodurch ein Streitgegenstand zu- oder aberkannt worden ist — oder in dem von den Appellanten angerufenen Falle des §. 353 der Pr.O. auch sofort schon gegen eine blos prozeßleitende Verfügung, insofern ein Endurtheil des angegebenen Inhalts noch nachfolgt.

An diesen Voraussetzungen der Statthaftigkeit der Berufung fehlt es hier aber, da weder den Appellanten durch die angefochtene Verfügung etwas aberkannt worden ist, noch der Fall des §. 353 vorliegt, noch es sich überhaupt um ein streitiges Rechtsverhältniß zwischen den Appellanten und einem andern Prozeßgegner handelt, vielmehr lediglich ein Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Frage liegt, wodurch das Gantgericht in seiner Eigenschaft als Oberaufsichtsbehörde über die Gantmasseverwaltung einen Vertrag als wirksam anerkannte, und erklärte, den der Gläubigerausschuß Namens der Gesammtgläubigerschaft mit einer dritten Person abgeschlossen hat ꝛc.

II. Bezüglich der Beschwerdeführung:

Es sei das eingewendete Rechtsmittel der Beschwerdeführung für statthaft und begründet zu erklären, und deßhalb der Beschluß des großh. Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 17. Januar d. J., No. 228. II. Sen., durch welchen dem am 5. Dezember v. J. abgeschlossenen Pachtvertrag die gantrichterliche Genehmigung ertheilt wurde, aufzuheben.

Die Kosten dieses Zwischenverfahrens — mit Ausnahme der durch die Berufung veranlaßten — fallen auf die Masse.

Entscheidungsgründe.

Gegen die Verfügung des großh. Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 17. Januar d. J., No. 228. II. Sen., wodurch einem am 5. Dezember v. J. von dem Gläubigerausschuß in oben bezeichneter Gantsache abgeschlossenen Pachtvertrage die gantrichterliche Genehmigung ertheilt wurde, haben zwei Gantgläubiger das Rechtsmittel der

Digitized by Google

Beschwerdeführung eingelegt, und es muß dieses Rechtsmittel auch für statthaft erkannt werden.

Das Gantverfahren bildet das Vollstreckungsverfahren zum Zweck der Auseinandersetzung und Befriedigung der Ansprüche einer Mehrheit von Gläubigern eines Schuldners, dessen Gesammtvermögen gemäß L.R.S. 2093 und §. 800 der Pr.O. das gemeinschaftliche Unterpfand und Befriedigungsmittel aller Gläubiger darstellt, das aber zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger nicht zureicht, — und es hat auch das Gesetz — §. 806 der Pr.O. — ausdrücklich bestimmt, daß die Verwerthung des Massevermögens nach den Vorschriften über das Vollstreckungsverfahren zu geschehen habe.

Das Gesetz bedient sich hier zwar des Ausdrucks „Veräußerung," daß damit aber nicht blos nur eine wirkliche Entäußerung oder ein Verkauf eines Massegegenstandes, sondern überhaupt die Verwerthung desselben zum Zweck der Erlangung eines Befriedigungsmittels verstanden ist, ergibt sich schon aus dem oben angedeuteten Wesen und Zweck des Gantverfahrens, wie aus der Verbindung der Gesetzesstelle mit den vorausgehenden Paragraphen, welche allgemein die Art und Weise der Beschaffung der Befriedigungsmittel für die Gantgläubiger im Auge haben, wie sie §. 949 der Pr.O. zum Zweck der Befriedigung für Geldforderungen einzeln aufführt. Will man indessen auch am Worte des Gesetzes festhalten, so liegt unläugbar dem Gemeinschuldner gegenüber auch im Entzuge des Genusses eines Massegegenstandes und in dessen Begebung an Andere zum Vortheile dritter Personen eine wirkliche Veräußerung, — und das Pachtgeld ist gewissermaaßen der Preis, für welchen der Pächter das jährlich wiederkehrende Recht zur Benützung der Güter und den Fruchtgenuß derselben jeweils erkauft — so daß die Anwendbarkeit des §. 806 auf jede Art von Erlangung von Befriedigungsmitteln, somit auch auf bloße Pachtverträge über Massegegenschaften nicht zweifelhaft sein kann. Ein Act solcher Vollstreckung liegt nun auch hier um so unzweifelhafter in dem abgeschlossenen Pachtvertrage vor, als in der in Frage liegenden Gant das Ganturtheil längst gegeben ist, und es sich lediglich noch um die Beschaffung der Befriedigungsmittel für die Gläubiger handelt, wozu fraglicher Vertrag dienen sollte.

Insofern nun eine gantrichterliche Verfügung eine Verletzung der gesetzlichen Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens enthält, ist den dadurch Benachtheiligten durch den §. 929 der Pr.O. das Rechtsmittel der Beschwerdeführung eingeräumt, und erscheint sonach auch dieses hier geltend gemachte Rechtsmittel, gestützt auf die Behauptung einer durch die angefochtene gantrichterliche Verfügung bewirkten Verletzung der gedachten Art, jedenfalls als gesetzlich statthaft. Die erhobene Beschwerde ist aber auch begründet.

Das Gantgericht handelt in der doppelten Eigenschaft als Richter bezüglich der Entscheidung streitiger Rechtsverhältnisse, andererseits aber auch als Oberaufsichtsbehörde bezüglich aller der Acte im Gantverfahren, welche einer richterlichen Entscheidung nicht bedürfen, vielmehr nur die Verwaltung der Gantmasse betreffen, und wenn auch diese in der Regel durch das Gesetz dem Massevermalter, der Gesammtheit der Gläubiger oder dem ernannten Gläubigerausschuß anheimgegeben ist, so hat das Gantgericht doch jedenfalls in jener zweiten Eigenschaft darüber zu wachen, daß die gedachten Verwaltungshandlungen den Gesetzesvorschriften gemäß seien, und die Obliegenheit, jeden dieser Vorschriften zuwiderlaufenden Act zu verhindern oder zu beseitigen, und sofern dies nicht geschieht, ein solcher Act vielmehr selbst etwa durch gantrichterliche Genehmigung als rechtswirksam erkannt und vom Gantrichter sich dadurch zu eigen gemacht wird, so ist es dieser Act der Genehmigung selbst, der im Sinne des §. 929 im Wege der Beschwerdeführung angefochten werden darf. Durch den Abschluß und beziehungsweise die Genehmigung des in Frage stehenden Pachtvertrags wurden nun aber in der That und zwar durch Ueberschreitung der Vollmacht des Gläubigerausschusses gesetzliche Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens verletzt. Der Gläubigerausschuß ist der Bevollmächtigte der Gesammtheit der Gläubiger, welchen das Gesetz alle erheblicheren Verwaltungsmaaßregeln in Bezug auf das Massevermögen zuweist — §§. 849. 804. 884 d. P.O. — und schon deßhalb und im Hinblick auf L.R.S. 1988. 1989 darf sich der Gläubigerausschuß nur mit Verwaltungshandlungen im engsten Sinne befassen, wie sie jeder Gewalthaber vermöge einer allgemeinen Vollmacht ausüben darf, und er muß sich daher auch genau an die allgemein geltenden gesetzlichen Vorschriften halten; insofern ihm nicht eine besondere Vollmacht zur Ausübung auch anderer Handlungen

Digitized by Google

oder solcher Verwaltungshandlungen berechtigt, welche das Gesetz vorzugsweise der Gesammtheit der Gläubiger zuweist.

Eine solche besondere Vollmacht liegt nun aber nicht in der allgemeinen Bestimmung des §. 849 der Pr.O., und wurde insbesondere auch hier dem Gläubigerausschusse nicht ertheilt, und es verstößt demgemäß der abgeschlossene Pachtvertrag

a) gegen die Vorschrift des §. 804 der Pr.O., daß die Bestimmung der Benutzungsart des ertragfähigen Massevermögens von der Gesammtheit der Gläubiger zu erfolgen habe.

Diese Letztere hat in der Liquidationstagfahrt hierüber keine ausdrückliche Bestimmung getroffen, es vielmehr bei der vom provisorischen Massepfleger mit Gutheißen des Gantgerichts unternommenen Erbstadministration der Güter lediglich belassen und es ist dieser Zustand — zumal dem Beschluß einer Minderheit des Gläubigerausschusses gegenüber — bis zu anderweiter Bestimmung durch die Gesammtheit der Gläubiger um so mehr aufrecht zu erhalten, als die Verpachtung auf die Lebenszeit des pachtenden Cridars gestellt wurde, hierin aber eine einer Veräußerung nahende Handlung liegt, wodurch die allgemeine Vollmacht des Gläubigerausschusses überschritten wurde,

Zachariä, Handb. II. S. 517 ff.

Troplong du mandat zu Art. 1987. No. 279,

und diese Maaßregel um so tiefer greift, als die Nutznießung der Güter noch das einzige Befriedigungsmittel für eine Reihe mit sehr bedeutenden Forderungen noch unbefriedigter Gläubiger bildet.

Der Abschluß des Pachtvertrags verletzt ferner

b) die Vorschriften des §. 995 der Pr.O.

Eine Verpachtung der bezeichneten Massefliegenschaften, an welchen dem Schuldner selbst nur die Nutznießung zusteht, ist zwar allerdings nach Ansicht der §§. 806. 941. 994. 995 der Pr.O. statthaft, dieselbe soll jedoch nach letzterer Gesetzesstelle durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden. Kann nun auch die Gesammtheit der Gläubiger von dieser allgemeinen Gesetzesbestimmung abgehen, so ist dies doch dem nur mit einer allgemeinen Vollmacht betrauten Gläubigerausschusse nicht gestattet, es hat sich dieser vielmehr strenge an die allgemeinen Vollstreckungsvorschriften zu halten, oder sich zu einem Abgehen hievon durch die Gesammtheit der Gläubiger ermächtigen zu lassen.

Die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§. 994. 995 auf vorliegenden Fall ergibt sich schon aus dem oben über die Anwendbarkeit des §. 806 Gesagten; daß aber die Gesammtheit der Gläubiger eine von jenen Gesetzesvorschriften abweichende Bestimmung zu treffen befugt ist, erweist §. 804. Ziff. 1, wonach ihr, nachdem sie gemäß §. 788 ff. sofort mit der Gantöffnung in den Besitz und Genuß der Stamm- und Lehengüter des Cridars eingetreten war, über die fernere Benützungsart derselben eine unbedingte Verfügungsgewalt eingeräumt ist.

Endlich ist in gleicher Weise

c) gegen das Verbot des §. 1012 der Pr.O. verstoßen, wovon nur die Gesammtheit der Gläubiger, oder der Gläubigerausschuß mit besonderer Vollmacht dazu, abzugehen befugt gewesen wäre. Daß diese Gesetzesstelle auch im Gantverfahren Anwendung erleidet, ergibt sich schon aus dem Wortlaute des §. 806, und daß dieselbe, obwohl zunächst für zwangsweise Veräußerungen unbeweglicher Güter gegeben, auch bei zwangsweiser Verpachtung solcher Güter Geltung haben muß, unterliegt — auch abgesehen von dem über die Anwendbarkeit des §. 806 schon allgemein Gesagten — nach dem Grunde des Gesetzes keinem Zweifel. Dieser Grund ist offenbar die Absicht, von den Gläubigern (um so mehr also den Gantgläubigern, deren Interessen ohnehin schon durch den Ausbruch der Gant beeinträchtigt sind) jede Gefährde ferne zu halten, die ihnen möglicherweise durch die Einmischung des Schuldners selbst in das Vollstreckungsverfahren zugehen könnte, und daß dieser Grund des Gesetzes auch bei Verpachtungen überhaupt und insbesondere der hier in Frage liegenden Verpachtung anschlägt, kann nicht bezweifelt werden, wenn man erwägt, daß

a) hier nicht, wie bei Zwangsversteigerungen der Güter selbst ein Ueberbietungsrecht dritter Concurrenten, wodurch die Einmischung des Schuldners unschädlich gemacht werden könnte, besteht, durch den einseitigen Pachtvertrag mit diesem vielmehr jede Concurrenz Dritter, wodurch der Vortheil der Gesammtheit gewahrt oder befördert werden könnte, ausgeschlossen ist, und daß

b) der hier vorliegende Pachtvertrag insbesondere Bestimmungen enthält, die nach dem — mit Gründen unterstützten und darnach glaubhaften — Gutachten des Massepflegers die Interessen der Gantmasse in hohem

Digitized by Google

Grade zu gefährden geeignet sind, so daß nur der bestimmte Wille der Gesammtheit der Gläubiger hier den Ausschlag zu geben vermag.

Der Anwendbarkeit des §. 1012 steht auch der Umstand nicht entgegen, daß der Pachtvertrag noch überdies mit den Söhnen des Cridars abgeschlossen wurde. Aus den Bestimmungen der §§. 3 und 8 des Vertrags ergibt sich klar, daß der Letztere der eigentliche Pächter, daß hauptsächlich nur für *seine Person* der Vertrag abgeschlossen worden ist, und schon deßhalb, weil sich die erheblichsten Vertragsbestimmungen auf die Person eines nach den angeführten Gesetzesstellen wenigstens unter den vorliegenden Umständen und zur Zeit nicht Vertragsfähigen beziehen, zerfällt der Vertrag überhaupt.

Was nun schließlich die Legitimation der Parteien betrifft, so kann jene der Beschwerdeführer nicht bezweifelt werden. Es ergibt sich nicht nur aus den vorliegenden Akten, sondern ist auch diesseits längst gerichtskundig, daß dieselben bedeutende Ansprüche an den Cridar beziehungsweise dessen Masse haben, sie sind daher durch die angeführten Verletzungen der Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens wesentlich benachtheiligt, und damit steht auch ihre Legitimation nach §§. 1199⁷. 929 d. P.O. außer Zweifel.

Als Gegner der Beschwerdeführer können bezüglich des Kostenpunktes die Pächter nicht in Betracht kommen, da die Beschwerde gegen eine rechtspolizeiliche Verfügung gerichtet ist, wozu der Gläubigerausschuß die Veranlassung gab, so daß die Kosten dieses Zwischenverfahrens — mit einziger Ausnahme der durch das ergriffene Rechtsmittel der Appellation entstandenen Kosten — auf die Masse fallen müssen, zumal das von den Beschwerdeführern erwirkte Erkenntniß auch der Gesammtheit der Gläubiger zu gut kömmt. §. 885 der Pr.O. Stf.

27.

Kann der Käufer von Liegenschaften, welche mehreren Miteigenthümern gehören, wenn Einzelne ihre Einwilligung verweigern *), von den Einwilligenden den Vollzug des Kaufvertrags bezüglich ihrer ideellen Antheile am Miteigenthume verlangen?

In diesen Blättern, den Annal. von 1850. (XVII.) No. 65. III. S. 515, ist der Satz aufgestellt worden:

„Ist auch die Veräußerung einer gemeinschaftlichen Liegenschaft hinsichtlich einiger Miteigenthümer ungiltig, so wird dadurch doch nicht der ganze Kaufvertrag unwirksam, weil das Rechtsgeschäft nicht untheilbar ist, sondern auch theilweise bestehen kann."

Zur Begründung dessen ist in den Entscheidungsgründen des großh. Hofgerichtes des Oberrheinkreises gesagt:

„Die Einwendung des Beklagten,

daß die Appellanten von dem durch diesen Vertrag bedungenen Kaufschilling blos ihren mütterlichen Erbantheil begehren dürfen,"

ist deßwegen in Rechten wohlbegründet, weil dieser Vertrag, wenn er auch durch die Versagung der obervormundschaftlichen Genehmigung in Bezug auf die Antheile der damals noch minderjährigen Kinder keine Wirkung hatte, doch jedenfalls für die übrigen Miteigenthümer und namentlich für die Wittwe Schweizer rechtsbeständig war. Denn es ist nicht behauptet, daß die Gültigkeit und Wirksamkeit des ganzen Kaufvertrages vom 6. Juli 1840 von Ertheilung der obervormundschaftlichen Genehmigung — *als einer aufschiebenden Bedingung* — abhängig gemacht worden sei; die Versagung der Bestätigung erfolgte nur hinsichtlich der damals noch minderjährigen Kinder, im übrigen bedurfte es keiner solchen Genehmigung, da alle andern Interessenten volljährig waren; der Beklagte ist somit durch den Vertrag vom 6. Juli 1840 Eigenthümer des ideellen Antheils der Wittwe Schweizer d. i. der Hälfte des Hofguts und statt derselben Miteigenthümer an dem ganzen Hofgut geworden."

Von dieser Ansicht scheint das großh. Hofgericht wieder abgegangen zu sein, wie aus einem Urtheile vom 19. Oktober v. J. In S. Wiederle gegen Thoma, Haltung beziehungsweise Vollzug eines Kaufvertrags betr., hervorgeht.

Die Entscheidungsgründe, welche zugleich das Thatsächliche des Falles enthalten, besagen:

„Es ist in der Klage behauptet, am 5. April 1858 sei zuerst mündlich zwischen Sales Wiederle und Fidel Thoma ein Kaufvertrag dahin abgeschlossen worden, daß der Gesammtkaufpreis für einen Complex von Liegenschaften, welche in der Klage benannt sind, auf 20,000 fl.

---

*) Sabinus, in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.

l. 28. D. comm. div. (10. 3.)

L.R.S. 577 bb. bd. Red

festgestellt, und daß der, ²/₃tel, Antheil des Fidel Thoma an diesen Liegenschaften dem Sales Wiederle nach Verhältniß dieses Preises verkauft sein solle; am folgenden Tage sei über dieſen Verkauf, über dessen Bestand die Parteien durchaus einig gewesen, eine Privaturkunde in der Absicht abgefaßt und von beiden Theilen (und Christian Thoma) unterzeichnet worden, um den fest abgeschlossenen Vertrag auch beweislich zu machen, und im Contraktenprotokoll hiernach einzutragen. Eine Abschrift der Vertragsurkunde wurde der Klage beigefügt, und ist somit als Bestandtheil derselben anzusehen.

Schon hieraus ergibt sich, daß der Kläger bei Erhebung der Klage selbst annahm, daß der Inhalt der abschriftlich vorgelegten Urkunde den richtigen Ausdruck für den Vertrag bilde, so wie er zum Abschluß gekommen sei.

Der Beklagte hat widersprochen, daß der Kaufvertrag so, wie vom Kläger behauptet, abgeschlossen worden sei, und dabei geltend gemacht, daß dessen Giltigkeit von dem Beitritt sämmtlicher Miteigenthümer der in der Klage bezeichneten Liegenschaften abhängig gemacht worden sei.

Damit ist das wirkliche Zustandekommen des Kaufes in Abrede gezogen und nur ein Kaufsprojekt zugegeben. Dabei gibt der Beklagte jedoch zu, daß beide Theile die in Abschrift mit der Klage vorgelegte Urkunde unterzeichnet haben.

Kläger hat in erster Instanz den Beweis für die Behauptung der Klage dadurch anticipirt, daß er sich in erster Reihe auf eben diese Urkunde berufen, eventuell aber Zeugen benannt, und dem Beklagten den Eid zugeschoben hat.

Der Inhalt dieser Urkunde, der, wie bereits bemerkt, nach der Darstellung des Klägers selbst als der Ausdruck des beiderseitigen Willens zu betrachten ist und nun auch ausdrücklich als Beweismittel bezeichnet wurde (während der Beklagte sich zum Gegenbeweis darauf berufen), muß deßhalb als maßgebend angenommen werden. Nach dieser Urkunde aber hat der Beklagte nicht seinen ideellen Antheil von ²/₃tel an fraglichen, ein zusammengehöriges Ganze bildenden, Liegenschaften an den Kläger verkauft, wozu er allerdings befugt gewesen wäre, sondern der Kauf, angeblich zwischen Fr. Sales Wiederle einseits und Christian Thoma, Fidel Thoma, Philipp Thoma und Alois Zipfel anderseits abgeschlossen, lautet vielmehr dahin, daß diese Liegenschaften insgesammt von den vier Eigenthümern derselben, darunter dem Beklagten, dem Kläger um die Kaufssumme von 20,000 fl., theils baar, theils in verzinslichen Jahresterminen zahlbar, verkauft worden, wobei Käufer sämmtliche darauf ruhenden Lasten u. s. w. übernehme. Das Kaufsobjekt ist somit das Ganze der Liegenschaften und nicht ein ideeller Antheil derselben. Unbestritten ist es aber, daß zwei der Eigenthümer dem Vertrage nicht beigetreten sind, und die Urkunde vom 6. April 1858 nicht unterzeichnet haben. Es ist somit eine Einigkeit sämmtlicher Betheiligten über den Vertragsgegenstand nicht erzielt worden, und derselbe kann nicht in das Eigenthum des Klägers übergehen, weil zwei der Eigenthümer desselben dazu ihre Einwilligung nicht gegeben haben. Da es hiernach an der erforderlichen Willensübereinstimmung sämmtlicher Betheiligten fehlt, und der Beklagte nicht befugt war, über das Ganze zu verfügen, auch nur in Uebereinstimmung mit seinen Miteigenthümern darüber verfügen wollte, wie sich aus der Urkunde selbst ergibt, so liegt ein perfekter Kauf gar nicht vor, ist vielmehr der Inhalt jener Urkunde nur als Kaufsprojekt zu betrachten, welches dadurch zum Abschluß gekommen wäre, wenn sämmtliche 4 Eigenthümer die Urkunde unterzeichnet hätten. LRS. 1108. 1583.

Die Klage, welche die Haltung eines Kaufs des ideellen Antheils von ²/₃tel jener Liegenschaften, somit eines andern Gegenstandes, als worüber der Kauf abgeschlossen werden wollte, bezweckt, stellt sich hiernach nicht als begründet dar, weßhalb in der Hauptsache Kläger mit seiner Klage abgewiesen werden mußte."

— Diese nämlichen Grundsätze kamen hier in folgendem Falle zur Anwendung:

Apotheker M. hatte von Goldarbeiter R. ein Haus um 6000 fl. erkauft; weil aber die Hälfte des Hauses den erstehelichen Kindern gehörte, wurde deßhalb die obervormundschaftliche Genehmigung vorbehalten. Obgleich nun diese versagt worden war, erhob Apotheker M. dennoch unter Bezug auf den im Eingange dieses Aufsatzes enthaltenen Satz der Annalen eine Klage auf Haltung des Kaufs rücksichtlich der dem Goldarbeiter R. unbestrittenen zugehörigen Haushälfte, wurde aber damit abgewiesen aus folgenden Gründen:

„Es ist unbestritten, daß der Beklagte am 25. Juli v. J. das in Gemeinschaft mit seinen Kindern eigenthümlich besitzende zweistöckige Wohnhaus mit Garten u. s. w. No. 386 an den Kläger um 6000 fl. verkauft hat,

Digitized by Google

mit der Bedingung, daß er bezüglich der den erstehelichen Kindern zustehenden Haushälfte die obervormundschaftliche Genehmigung des Verkaufs zu erwirken habe. In der Klage ist nun selbst angeführt, diese Genehmigung sei versagt worden, und wird deßhalb behauptet, es seie darum der Kaufvertrag wenigstens bezüglich der dem Beklagten zustehenden ideellen Haushälfte giltig. Deßhalb wird das Begehren gestellt, den Beklagten zur Haltung des Vertrages bezüglich letzterer Haushälfte zu verurtheilen.

Diese Klage ist aber nicht begründet; denn nach Inhalt des zum thatsächlichen Klaggrund erhobenen Vertrages vom 25. Juli war das ganze Haus der Kaufsgegenstand, also auch der Antheil der Kinder mitbegriffen. Jetzt wird aber die ideelle Hälfte des Beklagten als Vertragsgegenstand eingeklagt, was sie doch niemals war. Allerdings hätte der Beklagte wohl giltig seine ihm eigenthümlich gehörige Haushälfte verkaufen können, und, insofern die Partzien über diesen Gegenstand einig geworden, wäre eine Klage auf Erfüllung auch begründet. So aber fehlt es an der erforderlichen Willensübereinstimmung der Partzien bezüglich des jetzt eingeklagten Gegenstandes. Dieser, nämlich die ideelle Haushälfte des Beklagten ist ein anderer Gegenstand als das ganze Haus, worüber der Kauf abgeschlossen worden ist. L.R.S. 1108 und 1538."

Die gegen dieses Urtheil angezeigte Appellation wurde nicht ausgeführt.

Sind nun die in diesen Entscheidungsgründen aufgestellten Sätze richtig, so folgt von selbst die Unrichtigkeit des in diesen Blättern am bezeichneten Orte aufgestellten Satzes. *) H.

*) Anders verhält es sich, wenn verschiedene Eigenthümer verschiedene Güter einem Dritten in einem und demselben Akte verkaufen, aber für jedes Gut ein besonderer Anschlag gemacht, d. h. ein besonderer Preis bestimmt wird. Ist in einem solchen Falle der Verkauf hinsichtlich des einen Eigenthümers wegen Verhältnissen, die sich nur auf dessen Person beziehen, z. B. wegen Rechtsunfähigkeit desselben, ungiltig, so bleibt der Akt (worin einzelne verschiedene Käufe zusammen beurkundet sind), für die andern Verkäufer doch verbindlich, wenn nicht aus den Umständen hervorgeht, daß es die gemeinschaftliche Absicht der Contrahenten war, der Kauf müsse entweder hinsichtlich aller Güter mit einander, oder hinsichtlich keines derselben zum Vollzug kommen.

Jahrb. n. F. VII. (1842/44.) S. 20.

Die Absicht der Contrahenten entscheidet auch in den oben im Text dargestellten Fällen.

L.R.S. 1156.

28.

Bei der rechtlichen Beurtheilung von Rechtsgeschäften entscheidet nicht die Form, in welche sie gebracht sind, noch der ihnen verliehene Namen, sondern ihr Wesen, ihre aus dem Inhalt sich ergebende Natur.

Die von den Parteien zu beantragende Vorlage des Verpfründungsvertrags zur rechtspolizeilichen Bestätigung wird nicht durch die von Amtswegen eines sonstigen Zweckes halber erfolgte Vorlage an die Rechtspolizeibehörde ersetzt.

Vrgl. Jahrb. n. F. IX. S. 56; X. S. 40—42.
Magazin für bad. Rechtspflege I. S. 163.
Annal. XV. S. 328; XVII. S. 109.

Die Nachholung dieser Vorlage ist nicht mehr zulässig, sobald die eine Partei die Absicht kund gegeben hat, an dem Vertrag nicht mehr festzuhalten.

In Sachen
der Johann Baum Wittwe, Katharina geb. Oestreicher in Neuenbürg, Klägerin
gegen
Sebastian Oestreicher von da, Beklagten,
Nichtigerklärung, beziehungsw. Auflösung eines Verpfründungsvertrags betreffend,

Wenn Mehrere einen Complex von Liegenschaften im Miteigenthum haben und Einzelne derselben die Gesammtheit dieser Liegenschaften vorbehaltlich der Zustimmung der Andern verkaufen, so haben sie zwar selbst nur pro rata eingewilligt, auch ist die Zustimmung der Uebrigen nur pro rata erforderlich, allein doch nur zum Zweck der Verfügung über den Gesammtgegenstand ihres gemeinschaftlichen Eigenthumsrechts, zu welcher ihre Uebereinstimmung nöthig ist, weil nicht Einzelne, also auch nicht eine Mehrheit gegenüber einer Minderheit über das Ganze, als den Gegenstand ihres gemeinschaftlichen Rechts, woran die Einzelnen nur zu gedachten Theilen berechtigt sind, verfügen können.

Wo der Gesammtgegenstand des Miteigenthums Gegenstand des Kaufvertrags ist, da reducirt er sich im Falle der Weigerung Einzelner nicht von selbst auf die ideellen Antheile der Andern, welche in den Verkauf des Ganzen eingewilligt haben, wenn diese nicht für den Fall der Unausführbarkeit des Uebereinkommens zum Voraus in diese Reduktion eingewilligt haben oder nachträglich sich diese gefallen lassen. L.R.S. 577 b. f. Red.

Digitized by Google

wurde auf das Urtheil des großh. Amtsgerichts Bruchsal vom 22. März 1860, No. 3606, besagend:

„der zwischen beiden Theilen am 2 April 1859 abgeschlossene Vertrag sei als ungültig errichtet für nichtig zu erklären, und habe der Beklagte die Kosten zu tragen,"

sodann

auf die dagegen von dem Beklagten ergriffene Berufung an das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises, und auf das von diesem unterm 11. September 1860 mit Verfällung des Beklagten Appellanten in die Kosten des zweiten Rechtszuges erlassene bestätigende Urtheil;

endlich

auf die auch hiergegen von Ebendemselben eingewandte Oberberufung von großherzoglichem Oberhofgerichte am 14. Febr. 1861 zu Recht erkannt:

daß die Urtheile der beiden vordern Instanzen — unter Verfällung des Beklagten Oberappellanten auch in die Kosten des dritten Rechtszuges — zu bestätigen seien.

Entscheidungsgründe.

In dem Vertrag vom 2. April 1859, wodurch die Klägerin ihr Haus nebst Baum- und Gemüsegarten dem Beklagten zu Eigenthum überließ, wurde unter Ziff. 5 der Klägerin das lebenslängliche unentgeldliche Wohnungsrecht vorbehalten und von dem Beklagten die Verpflichtung übernommen, jene für ihre Lebensdauer zu verköstigen, so wie in gesunden und kranken Tagen zu verpflegen.

Die Klägerin, dieses Rechtsgeschäft als einen Verpfründungsvertrag ansehend, verlangt nun in erster Reihe, daß dasselbe wegen unterbliebener Vorlage zur obrigkeitlichen Bestätigung für ungültig erklärt werde, welchem Begehren der Beklagte mit der Behauptung entgegentritt, daß obiger Vertrag lediglich als ein Kauf zu betrachten sei.

Es kann nun aber einem Zweifel nicht unterliegen, daß, die oben erwähnten Bestimmungen des §. 5 des Vertrags eine Verpfründung im Sinne des L.R.S. 1983 a enthalten, und offenbar erscheint die darin von dem Beklagten übernommene Pfründereichung auch als seine Hauptgegenleistung für die ihm zu Eigenthum überlassenen Liegenschaften.

Dem Wesen nach stellte sich daher, wie in den vordern Instanzen mit Recht angenommen wurde, das fragliche Rechtsgeschäft als ein Verpfründungsvertrag dar, und deßhalb ist es nicht von Erheblichkeit, daß dasselbe seinem Wortlaute nach sich als einen Kauf ankündigt, denn bei der rechtlichen Beurtheilung von Rechtsgeschäften kömmt es nicht darauf an, in welche Form sie eingekleidet, oder mit welchem Namen sie bezeichnet werden, sondern lediglich darauf, als was sie ihrer wahren aus dem Inhalt sich ergebenden Natur nach erscheinen. Darnach ist aber der fragliche Vertrag ein Verpfründungsvertrag und deßhalb war zu dessen Rechtsgültigkeit nach §. 21 des Gesetzes vom 25. September 1807, welches zufolge des §. 18 des 1. Einf.Edikts zum Landrecht, namentlich bezüglich der rechtspolizeilichen Bestimmungen über Vermögensübergaben und Verpfründungen, neben dem Landrechte noch in Wirksamkeit fortbesteht, die Vorlage zur rechtspolizeilichen Bestätigung nothwendig. Daß zu diesem letzteren Behuf der Vertrag an die zuständige Behörde vorgelegt worden, ist beklagter Seits nicht behauptet, die Einsendung der Vertragsurkunde an das Amtsrevisorat zu einem sonstigen Zwecke, wie zum Ansatz der Akzise, kann aber jene von den Parteien zu bewerkstelligende oder nachzusuchende Vorlage nicht ersetzen.

Bei dieser Sachlage erscheint das Klagbegehren, den Vertrag wegen unterbliebener Vorlage an die Rechtspolizeibehörde für ungültig zu erklären, vollkommen in Rechten begründet.

Der Einwand, daß die Klägerin zu diesem Begehren nicht legitimirt sei, ist verwerflich, indem die Geltendmachung eines gesetzlichen Nichtigkeitsgrundes Jedem zusteht, welcher bei der Frage über die Rechtsbeständigkeit einer Uebereinkunft betheiligt ist, folglich gewiß auch der Vertragsperson, welche gegen Hingabe eines Theils ihres Vermögens die Pfründe zu erwerben suchte.

Die Behauptung, daß die Klage noch zur Zeit unstatthaft sei, weil die außer Acht gelassene Förmlichkeit immer noch nachgeholt werden könne, ist ebenfalls grundlos, da die Klägerin durch den vorliegenden Rechtsstreit ihre gegentheilige Ansicht unzweideutig zu erkennen gegeben hat, der Beklagte aber ohne freiwillige Mitwirkung jener zu der nachträglichen Einholung der Bestätigung nicht legitimirt ist.

Daß der Vertrag theilweise zum Vollzug gelangte, vermag das obige Begehren der Klägerin nicht zu beseitigen ꝛc.

Stf.

Digitized by Google

29.

1) Ist L.R.S. 1587 auch auf Handelsgeschäfte anwendbar?
2) Schließt die Bejahung dieser Frage die Anwendung der A.S. 92 ac. ae. af zum Landrechte aus?
3) Ist die vierzehntägige Frist des A.S. 92 af von der Ankunft der Waare an zu rechnen, auch in dem Falle, wenn das Einkaufsverzeichniß erst später einkommt?

Sowohl unter den Lehrern des französischen Rechts, wie in der Rechtsprechung der französischen Gerichte ist die Frage streitig, ob auf Käufe von Wein, Oel und anderen Gegenständen, welche man vor dem Kaufe zu kosten pflegt, Art. 1587 auch dann anwendbar ist, wenn die Waare nicht für den eigenen Gebrauch des Käufers, sondern für eine Handelsspekulation bestimmt ist. Im letzteren Falle soll nach der Ansicht einer Reihe von Rechtslehrern die Perfektion des Vertrags nicht von der Prüfung und dem Gutheißen des Käufers abhängen, sondern es soll der Kauf gleich jedem anderen behandelt, und der Käufer zur Annahme verpflichtet werden, wenn die Waare Kaufmannsgut ist.

In einer Mittheilung von Lauckhardt und Sommer, Rechtsfälle Bd. V. S. 308 *) ist dies näher ausgeführt. Diese indessen keineswegs unbestrittene Ansicht mag mehr dem Leben und dem raschen Umschwunge des Handelsverkehrs entsprechen, als dem Gesetze. Denn es wird wohl richtig sein, daß ein Kaufmann größere Sendungen der unter den L.R.S. 1587 fallenden Waaren nicht leicht riskiren wird, wenn der Empfänger berechtigt ist, seinen eigenen Geschmack, der stets souverain, keinem höheren allgemein gültigen Gesetze unterworfen ist, zum Richter der Güte der Waaren zu machen, und die ihm übersendeten Waaren aus dem Grunde des Nichtgefallens, vielleicht auch nur unter diesem Vorwande zurückzuweisen, während der wahre Grund in dem Sinken der Preise, oder in anderen, nur den Käufer berührenden Verhältnissen liegt. Das Gesetz selbst aber unterscheidet nicht: es gibt keinen Grund an, warum auf Handelsgeschäfte die allgemein gehaltene Vorschrift des Satzes 1587 nicht anwendbar sei.

Auch im badischen Rechte ist diese Frage aufgeworfen, und — ohne Rücksicht auf L.R.S 1587 b der allerdings dem Kaufmann, der seine Waaren zu versenden gezwungen ist, wenig Sicherheit und Nutzen gewährt! — verschieden beantwortet worden. Man hat aber, wie mir scheint, mit Unrecht diese Frage für identisch erklärt mit der; ob auf Käufe von Waaren, welche unter den L.R.S. 1587 fallen, die A.S. 92 ac. ae. af anwendbar sind. (Vergl. Annalen 1846. S. 21. 1847. S. 378). Man kann diese letzte Frage bejahen, ohne die erste zu verneinen.

Bei Waaren, welche unter den Satz 1587 fallen, hängt die Perfektion des Kaufes von der Genehmigung der Güte nach stattgehabter Prüfung ab. Dies ist bei anderen Waaren nicht der Fall, es mag sich um Handelsgeschäfte fragen, oder um andere Käufe. Die A.S. 91 ac. ae. af sagen, daß unter gewissen Voraussetzungen der Empfänger einer Waare sie zurückweisen darf. Wenn aber diese Voraussetzungen nicht vorhanden sind, dann muß er die Waare behalten, weil der Kauf schon durch die Uebereinstimmung über Waare und Preis abgeschlossen ist Schweigt in den Fällen der Sätze 92 ac. ae af der Empfänger der Waare, so nimmt man an, daß durch die unbeanstandete Annahme der Waare und des Einkaufsverzeichnisses der Empfänger stillschweigend erkläre, daß er keine der Ausstellungen zu machen habe, welche ihn berechtigen, die Waare zurückzuweisen. Sein Schweigen während den Fristen macht nicht den Vertrag perfekt, sondern es benimmt ihm das Recht, den Vollzug eines perfekten Kaufs anzufechten.

Ganz anderst verhält es sich mit den Käufen über Waaren, welche unter den L.R.S. 1587 fallen. Ehe der Empfänger diese Waare gekostet und geprüft, und seine Zustimmung zu deren Beschaffenheit ausgesprochen hat, existirt noch kein Kaufvertrag über dieselben.

(Schluß folgt.)

*) Siehe auch Zachariä II. Bd. §. 349. Note 10. 11. 12 und die Zusätze zu Art. 1587 in Sirey Code annoté. Hier und in dem im Texte oben erwähnten Aufsatze in Sommer und Lauckhardt ist auch die französische Literatur angegeben. Man vergleiche auch die von Lauckhardt Bd. X. S. 284 der Rechtsfälle mitgetheilte Entscheidung des Cassationshofs. D. G.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmeltzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badiſchen Gerichte.

1861. **Band XXVII.** **No. 10.**

(Schluß von Art. 29.)

Konſequent kann man hieraus ſchließen, daß, wenn man den L.R.S. 1587 auch auf Handelsgeſchäfte anwendet, der Empfänger der Waare nach den A.S. 92 ac. ae. af ſich zu richten keine Verpflichtung hat. Denn dieſe Beſtimmungen, welche durch die, weniger auf die Worte „von ſeinem eigenen Vorrathe" in S. 92 aa, als auf die innere Aehnlichkeit beider Rechtsverhältniſſe geſtützte Praxis von der Kaufbeſorgung auf den Kaufvertrag herüber gezogen werden, ſind nur für die Fälle berechnet, in welchen ein Vertrag als bereits abgeſchloſſen anzuſehen iſt. Allein es iſt nicht zu verkennen, daß dieſe Beſtimmungen — und ſo dürfte es bisher auch aufgefaßt worden ſein! — auf dem Grundgedanken beruhen, die unbeanſtandete Annahme der Waare und des Einkaufsverzeichniſſes enthalte die ſtillſchweigende Zuſtimmung zur Beſchaffenheit der Waare und dem Anerbieten, ſolche unter den Bedingungen zu kaufen, wie ſie in dem Einkaufsverzeichniß bezeichnet ſind. So gut man dieſe Beſtimmungen von der Kaufbeſorgung auf den unmittelbaren Kauf überträgt, weil für beide der gleiche Grundgedanke entſcheidend iſt: ebenſogut kann man dieſen Grundgedanken auch als entſcheidend anſehen für Käufe, die ihre Perfektion erſt durch Prüfen und Genehmigen der Güte der überſendeten Waaren erlangen. Man kann alsdann mit gleichem Rechte ſagen, daß derjenige, welcher eine Waare behält, ohne ſie zu prüfen, auf das Recht des Prüfens verzichte, und ſie für gut anerkenne *), ebenſo wie, daß derjenige, welcher eine bereits erkaufte, aber fehlerhaft, oder unter vertragswidrigen Bedingungen ihm überſendete Waare unbeanſtandet behält, auf die Beanſtandung verzichte. Man kann vielleicht mit Grund behaupten, daß gerade, indem man die Sätze 92 ac. ae. af auf die unter den L.R.S. 1587 fallenden Waaren anwendet, alle im Widerſpruche mit dem Leben und mit den Gebräuchen des Handelsverkehrs ſtehenden Härten und Unzuträglichkeiten ausgeglichen werden, ohne daß man zu der willkürlichen Unterſcheidung der Anwendung des L.R.S. 1587 auf Käufe für den eigenen Gebrauch, und für Handelsſpekulationen zu greifen genöthigt iſt.

Von dieſen Anſchauungen ausgehend wurde von dem mittelrheiniſchen Hofgerichte folgender Fall entſchieden:

Stigeller in Baden in der Schweiz überſandte auf vorgängige mündliche Verabredung dem Kaufmann Giani 2 Laibe Emmenthaler Käſe. Die Waare kam am Tage nach der Beredung ſchon an, am 24 Mai 1860. Erſt am 6. Juni traf die Faktura, welche das Datum vom 4. Juni trägt, ein. Giani koſtete und prüfte die Käſe, fand ſie keineswegs gut, und erklärte mit Brief vom 11. Juni dem Stigeller, daß er ſo geringe Waare für ſeine Kundſchaft nicht gebrauchen könne, während „doch ganz vorzüglicher, fehlerfreier Emmenthaler Käſe von feinſter Prima" (Qualität) angeboten worden ſei. Er ſtellte dieſe Käſe dem Abſender zur Verfügung. Dieſer belangte den Empfänger auf Zahlung des Kaufpreiſes. Im erſten Rechtszuge abgewieſen, appellirte er: das mittelrheiniſche Hofgericht beſtätigte aber das unterrichterliche Urtheil aus folgenden

Gründen.

Der Kläger iſt durch das amtsgerichtliche Urtheil keineswegs beſchwert. Denn

1) die von dem Appellanten aufgeſtellte Behauptung, daß L.R.S. 1587 auf Handelsgeſchäfte keine Anwendung haben, iſt in dem Geſetze nicht begründet. Die Vorſchriften des bürgerlichen Geſetzbuches finden vielmehr auf Handelsgeſchäfte überall Anwendung, wo nicht die beſonderen Beſtimmungen des Handelsrechtes entgegenſtehen. Wenn

2) der Kläger ſagt, daß bei Zuſendung von Waaren lediglich der durch Annahme der Faktura nach A.S. 92 ac

*) In dem Aufſatze: „Von den rechtlichen Wirkungen der Annahme einer Zahlung in den Blättern für Juſtiz und Verwaltung I. S. 361 iſt der Satz ausgeführt, daß in der Annahme der Waare die Erklärung liege, daß ſie dem Empfänger recht ſei. Auf dieſem Grunde allein beruht die von Lauckhardt in Bd. X. S. 284 mitgetheilte Entſcheidung des Caſſationshofs. D. E.

Digitized by Google

u. fgd. des Landrechts abgeschlossene Vertrag entscheide, so ist dies zwar insofern richtig, als auch eine Zusendung von Waaren, welche ihrer Gattung nach unter den L.R.S. 1587 fallen, unter Umständen nach den L.S. 92 ac und fgd. zu beurtheilen sind. Es ist nämlich ein Kaufmann, dem Waaren, welche nach S. 1587 des L.R. vor dem Kaufe gekostet, und geprüft zu werden pflegen, zugesendet wurden, allerdings nicht berechtigt, diese Waaren auf unbestimmte Zeit liegen zu lassen, und wenn — vielleicht nach langem Zeitraum — die Preise der Waare gefallen sind und nun der Verkäufer die Zahlung verlangt, hinterher die Nichtannahme der Waare unter dem Vorwande, daß sie nicht zusage, der Forderung des Kaufpreises entgegenzuhalten. Ein solches Verfahren würde den Vorschriften der Sätze 92 ac. ae. af, und jeder Uebung des auf Treue und Glauben gestützten Handels widersprechen. Der Empfänger solcher Waaren, welche unter den L.R.S. 1587 fallen, ist vielmehr gehalten, zu prüfen und zu kosten, und keinenfalls später als in der Frist des A.S. 92 af dem Zusender es zu erklären, wenn ihm die Waare nicht zusagt. Ein Zeugniß zweier Kaufleute, oder Sachverständiger über den Befund der Waare, wie solches S. 92 af von demjenigen verlangt, welcher über die Beschaffenheit der Waare glaubt klagen zu können, ist aber der Empfänger nicht verpflichtet zu erheben und beizulegen. Denn seine eigene Prüfung, sein eigener Geschmack ist es, dem die Entscheidung über die Beschaffenheit der Waare, und ob er den erst projektirten Vertrag abschließen will, oder nicht, anheim gegeben ist.

Schweigt aber der Empfänger still, und behält diese Waaren, nachdem er sie und die Faktura empfangen hat, so gibt er durch dieses Stillschweigen zu erkennen, daß ihm die Waare und die in der Faktura gesetzten Bedingungen recht sind. Ganz ebenso wie ein Kaufbesorger, dem Waaren zugesendet worden sind, ohne daß er sich zur Geschäftsbesorgung verbindlich gemacht hätte, angesehen werden muß, als hätte er die Waare auf eigenen Namen übernommen, wenn er die im A.S. 92 ac ihm auferlegte Pflicht der Anzeige und Anfrage bei dem Zusender nicht erfüllt. In solchen Fällen wird mit Recht angenommen, daß in der unbeanstandeten Annahme der Waare und des Einkaufsverzeichnisses die stillschweigende Zustimmung zu den in dem Letzteren gesetzten Bedingungen, deren Inhalt alsdann als ein Verkaufsanerbieten angesehen werden muß, und die stillschweigende Billigung der Beschaffenheit der Waare zu erkennen ist. L.R.S. 1108a. 1108b.

In vorliegendem Falle hat aber der Empfänger der Waare Alles gethan, was er zu thun hatte, um die Annahme einer stillschweigenden Billigung von sich abzuwenden. Käse gehört nach dem hier maaßgebenden Gutachten des Sachverständigen zu den Waaren, „welche jedenfalls erst gekostet werden müssen, ehe man einen festen Kauf als vorhanden annehmen kann." Er, der Empfänger, hatte die ihm zugesandten Käse geprüft, und fehlerhaft gefunden. Am 6. Juni v. J. erhielt er das Einkaufsverzeichniß „und bereits am 11. des gleichen Monats hat er den Befund der Käse dem Verkäufer angezeigt, und indem er ihm die Waare zur Verfügung stellte, den Abschluß des Vertrages verweigert, wozu er nach L.R.S. 1587 berechtigt war." — — —

3) Der Kläger glaubt zwar, daß der Beklagte schon dadurch allein zur Annahme und zum ferneren Behalten der Käse verpflichtet sei, weil er die Waare länger als 14 Tage behalten habe, ohne dem Kläger die Nichtannahme unter Anschluß eines Zeugnisses über die Beschaffenheit der übersendeten Waare anzuzeigen. Daß er nicht verpflichtet war, ein Zeugniß vorzulegen, ist schon oben nachgewiesen worden. Er hat aber auch nicht verspätet die Anzeige von der Nichtannahme gemacht. Es ist zwar richtig, daß er diese Anzeige erst am 11. Juni erstattete, während er die Waare schon am 24. Mai empfing; und es ist auch richtig, daß nach A.S. 92 af die 14tägige Frist von Empfang der Waare an zu berechnen ist. Allein dabei wird vorausgesetzt, daß mit der Waare, oder wie es gewöhnlich zu geschehen pflegt, schon vorher das Einkaufsverzeichniß angekommen ist. Denn ohne dieses ist der Empfänger ja gar nicht im Stande zu wissen, zu welchem Zweck, zu welchen Bedingungen, und insbesondere zu welchem Preise ihm die Waaren übersendet worden sind: und es kommt ja häufig genug vor, daß eine Waare, über deren Beschaffenheit zu klagen man alle Ursache hat, dennoch annehmbar, und für das Geschäft tauglich befunden wird, weil die gesetzten Bedingungen und der geforderte Preis der Beschaffenheit der Waare entsprechend sind. Der Empfänger ist daher gar nicht veranlaßt, die Waare und deren Beschaffenheit zu prüfen, ehe er durch das Einkaufsverzeichniß über die Bestimmung der Waaren und die Bedingungen des Kaufanerbietens aufgeklärt ist. Da nun im vorliegenden Falle die Faktura erst am 6. Juni

Digitized by Google

einkam, so ist die unterm 11. Juni abgegangene Erklärung über die Nichtannahme rechtzeitig geschehen.

Aus diesen Gründen u. s. w.

Ortendorf.

30.

Haftungsverbindlichkeit der Eisenbahnverwaltung für auf dem Transport beschädigte Güter. [1])

Der Spediteur, welcher Güter in eigenem Namen versendet, ist zur Klage auf Ersatz für Beschädigung derselben legitimirt.

Die Passivlegitimation der Eisenbahnverwaltung ist nach den für Frachtführer geltenden Gesetzen zu beurtheilen. [2])

---

[1]) Ueber Eisenbahnrecht:

Shelford on the law of railways. Vermont 1855. 2. vol.

Redfield a practical treatise on the law of railways. Boston 1851.

Pierce a treatise on amerlean railway law. New-York 1857.

Bates and Smith, cases relating to the law of railways from 1835—52. 6. vol. Boston 1855.

Beschorner, das deutsche Eisenbahnrecht. Erlangen 1858.

Koch, Deutschlands Eisenbahnen. Marburg 1858. II Abtheilungen.

[2]) In England wurde angenommen, daß die Eisenbahngesellschaft, wie jeder andere Fuhrmann, die Uebernahme ganz verweigern, also auch die Haftung für übernommene Waaren beschränken kann, insofern sie mit demjenigen, der ihr Waaren anvertraut, über gewisse Bedingungen der Uebernahme übereinkommt, weil sie einem Versicherer gleich sei, dessen Haftungspflicht auf einem Vertrag beruht, über dessen Inhalt die Contrahenten beliebig übereinkommen können.

Jedoch erkennen die Gerichte den Inhalt solcher beschränkenden Bestimmungen da nicht an, wo dadurch grobe Fahrlässigkeit oder gar dolus (wilful misconduct) entschuldigt werden will.

Auch amerikanische Gerichte schließen sich dieser Ansicht an, indem sie die Ablehnung der Verantwortlichkeit bei dolus und grober culpa nicht als wirksam anerkennen.

Andere amerikanische Gerichte nehmen sogar an, daß die Gesellschaft durch Vertrag derjenigen Verantwortlichkeit sich nicht entschlagen könne, welche dem Fuhrmann (common carier) durch das Gesetz auferlegt sei.

s. Smith, a selection of leading cases, by Clarke, Hare and Wallace. Philadelphia 1855. vol. I. p. 319—334.

Redfield p. 267. 274. 49.

Shelford the law of Railways. vol. II. p. 713.

Wenn Rechtsverhältnisse, welche durch Vermittlung einer Station von dem deutschen Eisenbahnverbande eingegangen worden sind, zum gerichtlichen Austrag kommen, so vertritt die der betreffenden Station vorgesetzte Centralverwaltung sowohl diese Station als auch den Verband.

Dieser haftet ohne Rücksicht darauf, auf welcher der einzelnen vereinigten Bahnen der Schaden eintrat.

Auslegung des §. 14 Abs. 5 des Betriebsreglements für den Güterverkehr im mitteldeutschen Eisenbahnverbande vom 1. Februar 1853, beziehungsweise des Vereinsreglements für den Güterverkehr auf den Eisenbahnen Deutschlands vom 1. Dez. 1856, insbesondere über den Unterschied zwischen unverschuldetem Einrosten und verschuldeter Verrostung.

Beschädigte Güter anzunehmen, ist der Adressat nicht verbunden.

Kaufmann Edmund Eisenhardt in Mannheim erhob am 15 Oktober 1856 eine Klage gegen den großh. Eisenbahnfiscus auf Entschädigung, worin er vortrug:

Am 11. Juni 1856 habe er zur directen Beförderung mittelst Eisenbahn „franco Ulm" und mit Frachtbrief versehen — 51 Kisten Maschinen und 15 Kollis H 1—66 bezeichnet, zusammen 835 Centner auf die badische Bahn in Mannheim gebracht. Der Frachtbrief habe auf L. Meggle in Ulm gelautet und dieser den Auftrag gehabt, fragliche Maschinen in die Zwirn- und Bindfadenfabrik Holzhag in Schwabmünchen zu spediren. Die Güter wurden im Rheinhafen verladen, als wohlconditionirt, zweckmäßig verpackt und deutlich bezeichnet ange-

---

Jedenfalls wirke die Beschränkung der Verantwortlichkeit nur gegenüber derjenigen Person, welche die Beschränkung kennt und dennoch den Vertrag eingeht.

Story on contracts p. 403—18.

Greenleaf treatise on Condence II. p. 76.

Kent Coment 1854. vol. II. p. 483.

Zur Herstellung einer stillschweigenden Uebereinkunft genüge aber nicht, daß die beschränkende Erklärung auf dem Eisenbahnbureau angeschlagen ist; denn der Reisende sei nicht schuldig, alle Anschläge zu lesen; auch nehmen die amerikanischen Gerichte an, der Reisende, welcher nicht lesen kann, werde durch schriftliche oder gedruckte Erklärungen der Gesellschaft nicht gebunden.

Redfield, p. 270.

Archiv für civ. Pr. Bd. 41. S. 415. 3. — 417.

Digitized by Google

nommen, auch von hier aus in geschlossenen Wagen befördert, aber in Bruchsal umgeladen.

Der Kläger behauptete, sie seien in Ulm in offenen Wagen in beschädigtem Zustand angekommen, nachdem sie von Bruchsal auf die sorgloseste Weise in unbedeckten Wagen weiter befördert worden seien. Fast an sämmtlichen Maschinen habe sich eine bedeutende Verrostung vorgefunden, welche einzig und allein durch die nachlässige Weiterbeförderung veranlaßt worden sei. Sogleich bei der Ankunft der Güter sei unter Zuzug von Sachverständigen, des Empfängers, so wie eines würtembergischen Eisenbahninspectors am 8. und 9. Juli vor dem Stadtgerichte Ulm eine Expertise vorgenommen worden.

Die Wiederherstellungskosten betragen hiernach 968 fl. und dazu komme noch eine Entwerthung um 300 fl. Der Empfänger der Güter habe für den Gesammtbetrag von 1268 fl. seinen Rückgriff an den Kläger durch Einbehaltung der Fracht genommen.

Der Kläger habe unter Mittheilung des Gutachtens die badische Verwaltung in Mannheim benachrichtigt und Schadensersatz begehrt; der badische Fiscus sei nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und nach dem Betriebsreglement des mitteldeutschen Eisenbahnverbandes vom 1. Februar 1853 § 16[3]) der rechte Beklagte, der seinen Rückgriff nehmen möge, wenn der Schaden der würtembergischen Verwaltung zuzuschieben sei.

Durch Konstatirung der Beschädigung und durch Verspätung der Ablieferung der Waare sei ein weiterer Schaden entstanden.

Es wurde um Verurtheilung des beklagten Fiscus zum Ersatz des gesammten Schadens gebeten.

In der Vernehmlassung wurde unter Anderem eingewendet, bei dem Mangel der Behauptung, daß die badische Verwaltung den Schaden verursacht habe, sei der badische Fiscus nicht der rechte Beklagte; der Kläger habe darzuthun, daß die Maschinentheile in rostfreiem Zustande übergeben worden seien; die Güter seien zwar als Maschinenbestandtheile bezeichnet, allein es sei nicht bemerkt gewesen, daß sie vor Nässe zu bewahren seien. Nach §. 14 Ziff. 5 des Reglements[4]) werde für Einrosten von Metallwaaren nie ein Ersatz geleistet.

Bezüglich des weiteren Schadens mangle es an der thatsächlichen Begründung; nach §. 10 Ziff. 3 des Reglements[5]) können Entschädigungsansprüche wegen verspäteter Lieferung nicht auf mehr, als auf den Verlust der halben oder ganzen Fracht und bei Verspätung eines Theils nur auf Erlassung eines verhältnißmäßigen Theils der Fracht erstreckt werden.

In der Replik machte der Kläger geltend, nach §. 15 des Reglements müsse der Beklagte die Handlungen der würtembergischen Verwaltung gegen sich gelten lassen.

Auf gepflogene Beweisverhandlungen erkannte das großh. Amtsgericht Mannheim am 10. Febr. 1860 nach dem klägerischen Antrag, die beklagte Verwaltung sei schuldig, vorbehaltlich ihres Rückgriffs gegen wen Rechtens — dem Kläger die Summe von 1268 fl. nebst Verzugszinsen zu 6 pCt. vom Tage der Klagezustellung an als Entschädigung zu bezahlen, sowie jeden weiteren Schaden vorbehaltlich der Liquidation zu ersetzen, welcher bei dem Transporte der in der Klage bezeichneten Waaren von Mannheim nach Ulm in Folge der Verschuldung der badischen oder würtembergischen Bahnverwaltung entstanden ist und sämmtliche Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Gegen dieses Urtheil führte der durch die großh. Direction der Verkehrsanstalten in Karlsruhe vertretene Beklagte die Appellation aus, indem er die Beschwerden aufstellte:

1) die Sachlegitimation des Klägers sei nicht nachgewiesen;
2) das Geding des § 14 Ziff. 5 des Reglements

---

[3]) Der §. 16 lautet (soweit sein Inhalt hierher gehört):

Erhebung von Reklamationen.

„Reklamationen wegen eines nicht, oder nicht gehörig erfüllten Beförderungsvertrags sind bei der Abgangs- oder Versandtstation, bei welcher der Vertrag geschlossen worden, zu erheben. Jedoch ist die Bestimmungs- oder Empfangsstation angewiesen, die Vermittlung für die daselbst angebrachten Reklamationen zu übernehmen. ꝛc."

[4]) §. 14 lautet unter Ziff. 5:

„Für Leccage, Verderben von Flüssigkeiten und andern Gegenständen, welche leicht in Gährung oder Fäulniß übergehen, für Einrosten von Metallwaaren, für Beschädigung an leicht zerbrechlichen Gegenständen, als Möbeln und Hausgeräthen ꝛc. wird niemals ein Ersatz geleistet; ebensowenig für Beschädigung an solchen Gegenständen, welche die Versender in ganzen Wagenladungen selbst verladen haben, es sei denn, daß der Verwaltung ein besonderes Verschulden nachgewiesen würde, woraus die Beschädigung entstanden ist ꝛc."

[5]) Die Ziff. 3 des §. 10 lautet im Eingang:

„Entschädigungsansprüche wegen verspäteter Lieferung können auf mehr als den Verlust der halben, resp. der ganzen Fracht nicht erstreckt werden ꝛc."

Digitized by Google

schließe jede Klage wegen Einrostens von Metallwaaren aus;

3) jedenfalls könne der großh. Eisenbahnverwaltung kein grobes Verschulden vorgeworfen werden;

4) es sei nicht dargethan, daß das Verschulden der würtembergischen Verwaltung den Schaden verursacht habe, zu dessen Ersatz der Beklagte verurtheilt sei, indem drei Ursachen zusammengewirkt haben:

a) die schlechte Verpackung ꝛc.,

b) die Einwirkung des Regens auf der würtembergischen Bahn und

c) die Verzögerung der Reinigung. § 12 des Reglements.

Keine dieser Ursachen sei dem Beklagten beizumessen, und daß directe Beförderung stattgefunden habe, könne hieran nichts ändern.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises änderte sodann am 25. Juni 1860 das amtsgerichtliche Urtheil dahin ab, daß Kläger mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten beider Rechtszüge abzuweisen sei

Allein auf die von dem Kläger ergriffene Oberberufung wurde am 11. Dezember 1860 von großh. Oberhofgerichte zu Recht erkannt:

> das hofgerichtliche Urtheil sei aufzuheben und das amtsgerichtliche unter Verfällung des beklagten Theils in die Kosten des zweiten und dritten Rechtszuges mit der Modifikation wieder herzustellen, daß unter dem weitern Schaden, zu dessen Ersatze der beklagte Theil vorbehaltlich der Liquidation verurtheilt worden, nur der durch die Constatirung der Beschädigung der Maschinentheile verursachte Aufwand zu begreifen. Kläger aber mit etwaigen ferneren Schadensersatzansprüchen zum besonderen Rechtsaustrag zu verweisen sei.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist zur Erhebung der vorliegenden Klage legitimirt. Unbestrittenermaaßen war er es, welcher in eigenem Namen mit dem beklagten Theile den Frachtvertrag einging, aus dessen Abschluß der klagend verfolgte Anspruch abgeleitet wird. Ihm steht hiernach auch die Befugniß zu, diesen Anspruch gerichtlich geltend zu machen. (Vergl. Kompe in der Zeitschrift für deutsches Recht 18. Band S. 339. 373.) Die Einwendung, daß es sich hier um eine Entschädigungsforderung handle, daß der Schaden den Eigenthümer der Waare, nicht aber den Kläger, der nur als Spediteur gehandelt habe, treffe, ist um so weniger begründet, als dem Kläger, selbst abgesehen von dem ihm aus dem Vertragsabschlusse erwachsenen Rechte, noch der Umstand zur Seite steht, daß er in seiner Eigenschaft als Spediteur für allen Schaden und Abgang, den die Waare auf der Wegstrecke, für welche er die Spedition übernahm, erleidet, gemäß L.R.A.S. 98 haftet, insoweit er nicht darlegt, daß der Schaden und Abgang durch höhere Gewalt verursacht worden sei, und als der, welcher durch das Gesetz für einen Schaden, den er nicht verursacht hat, haftbar gemacht wird, doch jedenfalls für befugt zu erachten ist, von demjenigen, welcher die Schuld des eingetretenen Schadens trägt, die gebührende Entschädigung zu begehren.

Steht hiernach die Activlegitimation des Klägers fest, so muß ebenso die Passivlegitimation des Beklagten, dessen Rechtsverhältniß zweifellos nach den für Frachtführer geltenden Gesetzen — L.R.S. 1782. 1786. 1952. 1954. L.R.A.S. 103 und ff — zu beurtheilen ist, als vorhanden angenommen werden. Es kann die Behauptung, daß der Schaden auf der großh. badischen Bahn eingetreten sei, zur Begründung der Klage nicht gefordert werden; vielmehr ist die Verwaltung der letzteren Bahn unter den obwaltenden Umständen für verpflichtet zu erachten, dem Kläger gegenüber für jenen Schaden, mag er auf der ihr unmittelbar untergebenen Bahnstrecke, oder auf der königl. würtembergischen Bahn der Waare zugegangen sein, einzustehen. Die Richtigkeit dieser mit Recht von den beiden vordern Instanzen angenommenen Anschauungsweise gründet sich auf den unbestrittenen Inhalt des bezüglich der fraglichen Waarenversendung eingegangenen Frachtvertrags und auf den Inhalt des unbestrittenermaaßen für den vorliegenden Fall maaßgebenden Betriebsreglements für den Güterverkehr im mitteldeutschen Eisenbahnverbande vom 1. Februar 1853. Der Frachtvertrag besagt, daß unmittelbar von Mannheim nach Ulm zu liefern sei, und es läßt sich hierwegen schon die Absicht der Vertragstheile unterstellen, daß nur ein Rechtsverhältniß für die ganze Wegstrecke eingegangen und nicht etwa ein Vertrag für die Strecke von Mannheim nach Bruchsal und ein anderer für die Strecke von da nach Ulm abgeschlossen werden wollte. — Vrgl. Sirey recueil 1858. II. 403. Note 1; 1859. I. 315. —

Digitized by Google

Noch größere Sicherheit für die Richtigkeit der oben dargelegten Anschauungsweise gewährt indessen das Reglement. Der Eingang desselben erklärt, es enthalte dasselbe die Bedingungen „unter welchen die verbundenen Eisenbahnverwaltungen die directe Beförderung von Gütern zwischen den für den durchgehenden Verkehr des mittelrheinischen Eisenbahnverbands bestimmten Stationen (Verbandstationen) übernehmen.“ Es stellen sich somit hier die verbundenen Verwaltungen, nicht die einzelnen Verwaltungen der im Verbande begriffenen Eisenbahnen denjenigen, welcher innerhalb der Grenzen des Verbandes Waaren versendet, als Vertragstheil gegenüber. Sie übernehmen hiernach die directe Beförderung zwischen den Verbandstationen. Es bedarf im Einklange hiermit nach §. 1 des Reglements behufs des Ueberganges der nach dem Verbandtarife „zur Beförderung übernommenen Güter von einer Bahn des Verbandes auf die andere keiner Vermittlung.“

Hieraus ergibt sich aber, daß es sich, wenn Waaren auf den Grund des Reglements über mehrere Verbandbahnen hin versendet werden sollen, ebensowenig um verschiedene, mit den Verwaltungen der einzelnen Bahnen abzuschließende Beförderungsverträge handelt, als dem vorhin Gesagten nach — diese verschiedenen Verwaltungen als Vertragstheil erscheinen, daß vielmehr nur ein solcher Vertrag in Frage kommt. Die Güter werden im Namen des Verbandes übernommen. Er liefert sie am Ort ihrer Bestimmung ab. Es finden keine verschiedenen Uebernahmen Seitens der Verwaltungen der einzelnen Verbandsbahnen statt. Ueberhaupt treten diese Verwaltungen im ganzen Reglement nirgends als von dem Verbande gesonderte Persönlichkeiten hervor, während häufig der einzelnen Stationen, ohne Rücksicht darauf, ob sie der einen oder andern besonderen Bahn angehören, als dem Ganzen des Verbandes untergeordnet gedacht wird. Die Stationen vertreten den Verband nach Außen. Es ist dies um so eher anzunehmen, als das Reglement, unerachtet es für den Verband Pflichten und Rechte schafft, doch kein gemeinsames Organ desselben, welches ihn nach Außen zu vertreten hätte, feststellt. Bei diesem eben zuletzt erwähnten Umstande und da die Stationen keine eigene juristische Persönlichkeit haben, da sie vielmehr stets einer einzelnen Bahn angehören, und der Centralverwaltung derselben unterstehen, erübrigt nichts, als daß, wenn Rechtsverhältnisse, welche vom Verbande durch Vermittlung der Verbandstationen eingegangen worden sind, Gegenstand gerichtlicher Erörterung werden, die der betreffenden Station vorgesetzte Centralverwaltung diese Station und damit auch den Verband vertrete. Das Verhältniß, in welchem die den Verband bildenden Eisenbahnverwaltungen unter sich stehen, berührt den Dritten, der mit einer Verbandstation und dadurch mit dem Verbande selbst in ein Verhältniß tritt, natürlich nicht.

Die bisher aus dem Eingange und dem §. 1 Abs. 1, sowie dem Gesammtinhalte des Reglements abgeleiteten Sätze werden gerade in Beziehung auf die Verantwortlichkeit für den, während des Transports von Gütern eingetretenen, Schaden durch mehrere einzelne Bestimmungen jenes Reglements bestätigt. So spricht Abs. 2 des §. 1 aus, daß, wenn Güter zum Transporte nach einer Station übergeben werden, welche keine Eisenbahnstation ist, oder nach einem Orte, welcher mit dem mitteldeutschen Verbande nicht in Schienenverbindung steht, der Versender die Station des Verbandes, nach welcher er das Gut dirigirt haben will, auf dem Frachtbriefe zu bemerken habe, daß derselbe aber damit der betreffenden Station überlasse, nach ihrem Ermessen den Weitertransport auf seine Kosten und Gefahr zu bewirken. Daraus nun, daß die Verantwortlichkeit erst mit dem Zeitpunkte aufhören soll, in welchem die betreffende Waare die Transportmittel des Verbandes verläßt, ist mit voller Sicherheit zu schließen, daß jene Verantwortlichkeit so lange fortbestehen soll, als die Waare innerhalb der Grenzen des Verbands und von demselben transportirt wird. In noch entschiedenerer Weise spricht sich Abs. 1 des §. 14 des Reglements dahin aus, daß die Verantwortlichkeit der Verwaltung mit der Annahme des Guts durch die Güterexpedienten beginne, und bis zu dem Zeitpunkt dauere „da das Gut auf der Bestimmungsstation nach dem Reglement (§. 11) in Empfang genommen sein müsse.“ Mit solchen Bestimmungen über die Verantwortlichkeit kann natürlich die Anschauungsweise des beklagten Theils der zufolge die Verwaltungen der einzelnen, den Verband bildenden Bahnen nur für denjenigen Schaden, der auf dem Gebiete ihrer Bahnen eintritt, haftbar sein sollen, schlechthin nicht in Einklang gebracht werden. Die, letzterer Anschauungsweise nach stattfindende, Theilung der Verantwortlichkeit widerspricht ganz offenbar den, ohnehin schon aus der oben dargelegten Einheit des Beförderungs-

Digitized by Google

vertrags abzuleitenden, in §. 1. Abs. 1. §. 14. Abs. 1 des Reglements ausgesprochenen Grundsätzen. Als nicht unerheblich zur Unterstützung der richtigen Ansicht stellen sich auch die Bestimmungen des §. 8 des Reglements, wonach das Frachtgeld für die ganze, von den Gütern zu durchlaufende Strecke auf einmal, sei es bei der Aufgabe oder bei der Empfangnahme der Güter bezahlt werden soll, und die Bestimmung des §. 16, derzufolge Reclamationen wegen eines nicht oder nicht gehörig erfüllten Beförderungsvertrags bei der Abgangsstation, bei welcher der Vertrag geschlossen worden, zu erheben sind, dar. Beide Bestimmungen gehen offenbar davon aus, daß es sich, mag sich der Transport über noch so viele der Verbandbahnen erstrecken, stets nur um die Erfüllung eines und desselben Transportvertrags handle. —

Die bisherige Auslegung des Reglements stützt sich auf die L.R.S.S. 1134. 1135. Sie muß als der Absicht der Vertragstheile entsprechend angesehen werden. L.R.S. 1156.

Vergl. Kletke, Sammlung von Präjudizien I. No. 253. II. No. 950. III. No. 1458.

Beschorner, Eisenbahnrecht, S. 236 ff.

Koch, Deutschlands Eisenbahnen II. S. 82. 414. 426. 449. 457. 464. 469 und Anlageheft S. 86. 92. 107. 115.

Mittermaier im Archiv für civilistische Praxis 1858. S. 417.

Vergl. ferner den revidirten deutsch-österreichischen Postvereinsvertrag vom 5. Dezb. 1851 (Reg.Bl. 1852. No. 20), §. 62 und

Kompe a. a. O. §. 309. 322.

Erscheint dem Bisherigen zufolge die großherzogliche Eisenbahnverwaltung, gleichviel ob der behauptete Schaden auf der badischen oder würtembergischen Bahn eintrat, dem Kläger gegenüber als verantwortlich, so fragt sich nun weiter, ob die den oben angeführten Gesetzen entspringende Haftbarkeit eines Transportunternehmers nicht für den vorliegenden Fall, wie das großh. Hofgericht angenommen hat, durch die Bestimmung des §. 14 Abs. 5 des oftерwähnten Reglements, wonach für Leccage, Verderben von Flüssigkeiten und anderen Gegenständen, welche leicht in Gährung oder Fäulniß übergehen — für Einrosten von Metallwaaren, für Beschädigung an leicht zerbrechlichen Gegenständen niemals ein Ersatz geleistet werden soll*), völlig beseitigt ist. Läßt nämlich zunächst schon die an gedachter Stelle gewählte Ausdrucksweise „Einrosten von Metallwaaren" Zweifel darüber, ob hierunter jede Beschädigung durch Rost zu verstehen sei, und ob nicht vielmehr hierunter nur die zufällig ohne besonderes Verschulden entstandene Verrostung zu begreifen sei (welche Zweifel, da es sich um Beschränkung der gesetzlichen Haftbarkeit handelt, gemäß L.R.S. 1162 offenbar einer gegen die Eisenbahnverwaltungen zu machenden Auslegung Raum geben müßten); so kommt weiter zu Gunsten der klägerschen Anschauungsweise, und zwar mit entscheidender Wirksamkeit in Betracht, daß diejenigen Beschädigungsarten, welche im §. 14 Abs. 5 mit dem erwähnten „Ermessen" zusammengestellt wurden, sämmtlich so beschaffen sind, daß sie leicht entweder rein zufällig, oder doch schon in Folge der mit dem Eisenbahntransporte nothwendig verbundenen Behandlung der betreffenden Gegenstände eintreten können, und daß dadurch die Auslegung begründet wird, man habe sich Seitens der Eisenbahnverwaltungen durch das fragliche Geding gegen die Nothwendigkeit, in jedem einzelnen, hiezu vereigenschafteten Falle die zufällige Entstehungsweise des Schadens oder die Unvermeidlichkeit desselben, mithin die eigene Schuldlosigkeit nach den L.R.S.S. 1784. 1953 und L.R.A.S. 103 beweisen zu müssen, sicher zu stellen, keineswegs aber die Haftbarkeit für ein besonderes Verschulden auszuschließen beabsichtigt. Was vorhin über die Natur der mit dem Einrosten zusammengestellten Beschädigungsarten gesagt worden, bestätigt sich, wenn man ins Auge faßt, „daß das Vereinsreglement für den Güterverkehr auf den Eisenbahnen Deutschlands" vom 1. Dezember 1856 „Leccage" mit Dringen der Flüssigkeit durch die Fugen der Fastage erklärt. Sicherlich kann hiernach unter Leccage nicht jedes, etwa auch durch eine besondere Thätigkeit bewirktes Auslaufen der Flüssigkeit verstanden werden.) Ebensowenig kann aber unter Einrosten von Metallwaaren jede Beschädigung durch Rost verstanden werden, und es kann sicherlich nicht angenommen werden, daß das Geding, wonach „Einrosten" keine Ersatzpflicht begründet, die Verantwortlichkeit für eine Verrostung ausschließe, welche Folge einer durch die Eisenbahnverwaltung oder deren Bediensteten (vergl. bezüglich letzterer Savigny, System II. S. 31. Koch a. a. O. S. 133) besonders

*) S. Note 4.

verschuldeten Durchnässung der betreffenden, dem Verderben durch Rost ausgesetzten Waare ist.

Der bisher aus dem ersten Satze des §. 14 Abs. 5 des Reglements und aus der Natur der fraglichen Verhältnisse abgeleiteten Auslegung tritt nun aber auch der Schlußsatz jenes Abs. 5 in den Worten „es sei denn, daß der Verwaltung ein besonderes Verschulden nachgewiesen würde, woraus die Beschädigung entstanden ist" zur Seite. Die Annahme, daß dieser Schlußsatz nur auf den zweiten Satz des Abs. 5, nämlich auf die Worte: „ebensowenig für Beschädigung an solchen Gegenständen, welche die Versender in ganzen Wagenladungen selbst verladen haben," bezogen werden können, ist nicht begründet. Seine Stellung, auf welche die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe Gewicht legen [7]), hindert nicht, ihn auch mit dem ersten Satze in Verbindung zu bringen. Auch die Schlußworte dieses ersten Satzes „wird niemals ein Ersatz geleistet" können, mögen sie auch, absolut zu sprechen, mithin jede Ausnahme auszuschließen scheinen, kein solches Hinderniß bieten, da sie ja durch die Worte „ebensowenig" geradezu für den zweiten Satz wiederholt werden, während doch die Ausnahme für den Fall besonderen Verschuldens diesem zweiten Satz zunächst angereiht ist. Wäre es zweifelhaft, ob diese Ausnahme auch auf den ersten Satz des §. 14. Abs. 5 bezogen werden könne, so wäre der bereits oben angedeuteten Auslegungsregel zufolge der Zweifel zu Gunsten des Klägers zu lösen. Sehr erheblich ist auch der Umstand, daß das schon erwähnte Reglement von 1856, welches in den meisten Beziehungen mit dem Reglement von 1853 schlechthin übereinstimmt, in der dem §. 14. Abs. 5 des letzten Reglements entsprechenden Stelle (ebenfalls §. 14 Abs. 5) für die betreffende Bestimmung eine Fassung gewählt hat, welche in ihrem Wortlaute mit vollster Klarheit für den der obigen Anschauungsweise angemessenen Sinn spricht [8]).

(Vrgl. überhaupt Koch a. a. O. S. 254. 255. 278.)

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß unerachtet der Satzung des §. 14. Abs. 5 des hier maasgebenden Reglements dann eine Verantwortlichkeit der Eisenbahnverwaltung begründet ist, wenn derselben ein besonderes Verschulden, wodurch die in Frage stehende Beschädigung veranlaßt worden ist, nachgewiesen werden kann. Der Kläger behauptet für den vorliegenden Fall ein solches, und es ist dasselbe auch der vielfachen Einwendungen des beklagten Theils unerachtet, für erwiesen anzusehen.

Konnte nemlich auch die Art und Weise, wie die fragliche Beschädigung eintrat, vom Kläger nicht in ihren Einzelheiten dargelegt werden, so steht doch so viel fest, daß die vom Kläger zu Mannheim der Eisenbahnverwaltung übergebenen Waaren während ihres Transports von da nach Ulm in bedeutendem Maaße der Einwirkung der Näße ausgesetzt gewesen, und hierdurch beschädigt worden sind. Ist es nun, wie — im Einklang mit dem für den vorliegenden Fall von Sachverständigen erstatteten Gutachten — nicht im Mindesten bezweifelt werden kann, Pflicht eines jeden Transportunternehmers, mithin auch der Eisenbahnverwaltungen, Waaren, die als „Maschinentheile" bezeichnet sind, vor den Einwirkungen der Näße, insbesondere des Regens, zu bewahren (siehe die oben angeführten Gesetzesstellen L.R.S. 1782 u. f. w.), so muß natürlich darin, daß diese Pflicht außer Acht gelassen wurde, ein Verschulden gefunden werden.

Kletke a. a. O. II. 946. 949. 950. III. 1456.
Koch a. a. O. Anlageheft S. 107. 115. 132.

Daß die erwähnten Frachtgegenstände zwischen Mannheim und Ulm der Näße — offenbar dem Regen — Preiß gegeben worden sind, ergibt sich aber daraus, daß sie der Eisenbahnverwaltung an ersterem Orte in trockenem Zustande übergeben wurden, an letzterem Orte hingegen sich als bedeutend durchnäßt zeigten.

(Schluß folgt.)

---

[7]) S. Note 4.

[8]) Diese Fassung lautet:

„5) Für Leckage (d. h. Dringen der Flüssigkeiten durch die Fugen der Fassage), für Verderben von Flüssigkeiten und anderen Gegenständen, welche leicht in Gährung oder Fäulniß übergehen, für Einrosten von Metallwaaren, für Beschädigung von leicht zerbrechlichen Gegenständen, als: Möbel und Hausgeräthen, Glas, Eisenguß, Mineralwasserkrügen u. s. w. und für Beschädigung an solchen Gegenständen, welche die Versender in ganzen Wagenladungen selbst verladen haben, wird ein Ersatz nicht geleistet, es sei denn, daß der Verwaltung ein besonderes Verschulden nachgewiesen würde, woraus die Beschädigung entstanden ist."

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmeltzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. **Band XXVII.** **No. 11.**

(Schluß von Art. 30.)

Dafür, daß die Frachtgegenstände in trockenem Zustande in die Hände der Eisenbahnverwaltung gelangten, spricht zunächst schon der Umstand, daß dieselben von dieser Verwaltung zur Weiterbeförderung übernommen wurden, indem bei Lage der Sache, wo es sich um eine Beschädigung, die sich äußerlich durch die an den Kisten ersichtliche Nässe zu erkennen gab, handelt, keineswegs der Unterstellung Raum gegönnt werden kann, es hätte die Eisenbahnverwaltung jene Gegenstände, unerachtet sie schon mit der fraglichen, äußerlich erkennbaren Beschädigung behaftet gewesen, zum Transporte angenommen. Vrgl. §. 4 des Reglements *), Koch a. a. O. S. 186, Anlageheft S. 86, Beschorner a. a. O. S. 263.

Abgesehen von diesem Umstande, spricht hiefür das Gutachten der Sachverständigen, wonach bei Sachlage nicht anzunehmen ist, daß die fraglichen Gegenstände vor ihrer Uebergabe an die Eisenbahnverwaltung bereits durchnäßt gewesen seien, und vor Allem das Ergebniß des von klägerischer Seite angetretenen Zeugenbeweises, indem sich aus den Aussagen der Zeugen ergibt, daß die die Maschinentheile enthaltenden Kisten mit Ausnahme einer Kiste, welche durch plötzlich eingetretenen Regen ein wenig naß wurde — völlig trocken im Rheinhafen zu Mannheim in die Eisenbahnwagen gebracht wurden.

Der Beweis dessen, daß die Kisten sofort nach ihrer Ankunft in Ulm äußerlich durchnäßt befunden wurden, und daß ihr Inhalt bei den in Folge gedachten Erfunds vorgenommenen Untersuchungen als durch Feuchtigkeit, namentlich durch Rost beschädigt sich zeigte, ist durch die hierüber erwachsenen Acten sowie durch die Aussagen der Zeugen vollkommen erbracht. Daß die in den erwähnten Acten beurkundeten Vorgänge der großh. bad. Eisenbahnverwaltung gegenüber nicht geltend gemacht werden könnten, weil die Verwaltung hiezu nicht mitgewirkt habe, kann bei dem oben dargelegten Verhältnisse, in welchem die Verwaltungen der im mitteldeutschen Eisenbahnverbande begriffenen Eisenbahnen zu einander stehen, in keiner Weise behauptet werden. Es muß vielmehr bei Lage der Sache angenommen werden, daß die königl. würtemb. Eisenbahnverwaltung den Eisenbahnverband und somit auch die großh. bad. Eisenbahnverwaltung bei jenen Vorgängen vertreten habe.

Es spricht dafür, daß die Frachtgegenstände zwischen Mannheim und Ulm der Nässe Preiß gegeben wurden, noch weiter der Umstand, daß, wie sich aus den beklagterseits vorgelegten Frachtkarten ergibt, die Gegenstände in ihrer Mehrzahl zu Ulm in nicht geschlossenen Eisenbahnwagen anlangten. Es bedarf der Ausführung nicht, daß — ist es auch zweifellos recht wohl möglich, die in nicht geschlossenen Wagen befindlichen Gegenstände durch Ueberdeckung vor Nässe zu schützen — bei dieser Art des Transports doch stets viel eher die Gefahr der Durchnässung eintritt, als beim Transport in geschlossenen Wagen, sei es daß die Ueberdeckung aus Fahrlässigkeit gar nicht, oder doch nicht gehörig bewirkt wird.

Wenn man beklagter Seits geltend macht, es sei in keiner Weise dargethan, daß die fraglichen Maschinentheile der Eisenbahnverwaltung in rostfreiem Zustande übergeben worden seien, indem ja alle für die Unversehrtheit der Waare vor ihrer Uebergabe an gedachte Verwaltung angerufenen Beweise nur die äußere Beschaffenheit der Kisten, in welche die Waare verpackt gewesen, im Auge hätten: so ist hiegegen zu bemerken, daß jedenfalls die äußerlich wahrzunehmende Feuchtigkeit, welche sich einzelnen Zeugenaussagen nach, auch den zur inneren Verpackung verwendeten Gegenständen (Stroh und dgl) mitgetheilt hatte, und so zu den Maschinen-

*) §. 4 lautet:

Verpackung.

„Die Eisenbahn-Verwaltung übernimmt nur solche Güter zum Transport, welche wohl conditionirt, nach ihrem Ermessen zweckmäßig verpackt und deutlich bezeichnet sind.

Güter, die nicht in einem solchen Zustand sind, können ausnahmsweise auf Gefahr des Aufgebers befördert werden, wenn er sich der Tragung dieser Gefahr und jeden Gewichtsverlustes sowie der Haftung für alle in Folge des mangelhaften Zustandes entstehenden Schäden durch eine mit seiner Unterschrift auf den Frachtbrief zu setzenden Erklärung ausdrücklich unterwirft."

Digitized by Google

theilen gelangen mußte, den Schluß ziehen läßt, es habe derselbe Thatumstand, der sie hervorgerufen, auch die Beschädigung der verpackten Maschinentheile durch Feuchtigkeit, nämlich die fragliche Verrostung, bewirkt.

Dieser Schluß, dem auch das Gutachten der Sachverständigen unbedingt beitritt, ist um so begründeter, als in der That der Inhalt der Kisten, welche ausweislich der erwähnten Frachtkarten in geschlossenen Wagen befördert worden waren, keinen Anlaß zur Beanstandung gab. ꝛc.

Gegen den geforderten Schadensbetrag kann beklagterseits mit Grund keine Einwendung erhoben werden, da sich derselbe auf eine gerichtliche Schätzung stützt, die zu Ulm vorgenommen werden mußte, und die nach den an diesem Orte geltenden gesetzlichen Vorschriften vorgenommen wurde. — Vergl. L.R.A.S. 106 Pr.O. §. 520. ꝛc.

Die Behauptung des beklagten Theiles, daß er jedenfalls nur für den bis zur Ankunft der Maschinentheile in Ulm entstandenen Schaden, nicht aber für den durch das Fortschreiten des Rostes erwachsenen weiteren Schaden hafte, indem letzterer sich als Folge der Weigerung des Empfängers der Waare, dieselbe anzunehmen, darstelle, ist unbegründet, da der Empfänger der Waare, Kaufmann Meggle, in seinem vollen Rechte war, wenn er die sofortige Annahme der beschädigten Waare verweigerte, da derselbe vielmehr diese Annahme sogar ablehnen mußte, wenn er nicht der Gefahr des Verlustes eines jeglichen Ersatzanspruchs Raum geben wollte. — Vrgl. L.R.A.S. 105. 106. Mittermaier, deutsches Privatrecht, 7 Aufl. §. 540. S. 754.

Stellt sich dem Bisherigen zufolge der kläger'sche Anspruch, soweit er die Summe von 1268 fl. verfolgt, als begründet dar, ergibt sich ferner auch aus L.R.S. 1153, vergl. mit L.R.S. 1907 a die Verpflichtung des beklagten Theils zur Zahlung der geforderten Verzugszinsen, und war demnach das hofgerichtliche Urtheil aufzuheben und das amtsgerichtliche wieder herzustellen; so konnte dies doch nur unter einer Modification des letztern Urtheils bezüglich der nach Zuerkennung der erwähnten 1268 fl. sammt Verzugszinsen an den Kläger ferner ausgesprochenen Verpflichtung des beklagten Theils zum Ersatze eines „weiteren Schadens" geschehen. Das Vorhandensein eines solchen Schadens, dessen Ersatz in einem Klagnachtrage begehrt wurde, ist nämlich nur insoweit thatsächlich genügend begründet und dargethan, als es sich um die durch die Constatirung der Beschädigung erwachsenen Kosten handelt, nicht aber insoweit, als der Anspruch auf die verspätete Ablieferung der Waare und den angeblich daraus erwachsenen Aufwand an „verschiedenen Kosten und Auslagen," wie sich der Nachtrag zur Klage ausdrückt, gestützt wird. In letzterer Beziehung war mithin die Forderung des Klägers zum besonderen Rechtsaustrage zu verweisen. Stf.

Anmerkung.

Das „Dresdener Journal" bekämpft den Art. 423 unter dem Titel vom Frachtgeschäft im Entwurfe des deutschen Handelsgesetzbuchs (III. Lesung), welcher Ausnahmen von der Haftpflicht des Frachtführers in den Artikeln 424—430 zu Gunsten der Eisenbahnen Eingang verschafft und empfiehlt den Ständeversammlungen, das deutsche Handelsgesetzbuch von der Verstümmlung durch diesen Einschub frei zu halten, da nur das Handelsgesetzbuch ohne jenen Einschub und ein liberales Eisenbahngesetz die einzig mögliche Lösung des unerquicklichen Streites um die Haftpflicht der Eisenbahnen enthalte.

Dabei ist resumirend ausgeführt:

„Durch dies Stück deutscher Eisenbahnpolitik ist das große Werk deutscher Einigung zu verstümmeltem Stückwerk, ja schlimmer als das, zu einem zweischneidigen Schwert geworden, das dem Handel, den es doch zunächst regeln soll, ins tiefste Herzblut schneidet. Die Eisenbahnen siegen — der Handel, d. h. der echte, der Waarenhandel, muß unterliegen; jene feiern einen augenblicklichen Triumph, um in der schweren andauernden Verkümmerung des Verkehrs ihren Actien und Werthpapieren, dem Scheinhandel der sie begünstigenden Finanz für die spätere Zeit einen nachhaltigen Verlust zu bereiten. Kein echter Handel ohne Transport, kein sicherer Transport bei solchen Bestimmungen! Besser fast noch die zeitherigen Reglements als solche Regelung. Bisher hatte das Publikum seufzend sich den Reglements gefügt, bis der Widerstand Einzelner und die neueren Entscheidungen der Obergerichte auf die Rechtswidrigkeit dieser Ansprüche hinwirkten. Jetzt, wo die Härte der Reglements von aller Welt durchschaut und verurtheilt wird, jetzt soll ihnen nun gar nationale, gemeingültige Gesetzeskraft beigelegt werden.

Digitized by Google

31.

Nachdruck.

J. H. Martens gegen B. F. Voigt in Weimar.

Wenn auch der vorliegende Rechtsstreit nicht bei einem badischen Gerichte anhängig und entschieden wurde, so wird gegenwärtige Mittheilung dennoch Raum in diesen Blättern beanspruchen dürfen, einmal, weil der Rechtsfall an und für sich geeignet ist, Interesse zu erwecken, und sodann weil die Entscheidung nicht bloßen Particulargesetzen, sondern den Bundesbeschlüssen vom 11. Juli 1837 und 19. Juni 1845 zu unterstellen ist.

Der Kläger, erster Lehrer an der großh. badischen Uhrenmacherschule zu Furtwangen, hat im Jahr 1858 ein Werk herausgegeben unter dem Titel: Beschreibung der Hemmungen der höheren Uhrenmacherkunst, Anleitung zur Anfertigung dieser Hemmungen und die Kunst, Edelsteine zu jeglichem Gebrauche für Uhren zu bearbeiten. Nebst einem Atlas von 24 Tafeln mit Zeichnungen. Furtwangen 1858. Selbstverlag des Verfassers. Leipzig. G. H. Fridlein.

Dieses Buch enthält 248 Seiten, wurde bei Farber und Seydel in Leipzig in einer Anzahl von 1000 Exemplaren gedruckt, der Verfasser übernahm den Selbstverlag und überließ den theilweisen Commissionsverkauf den Buchhändlern G. H. Fridlein und später Julius Krampe in Berlin. Der Atlas, der einen Bestandtheil dieses Werkes bildet, erschien in einer gleichen Anzahl von Exemplaren und gleichfalls im Selbstverlage des Verfassers.

In diesem Werk legte der Verfasser langjährige Forschungen und Erfahrungen, als Produkte seiner geistigen Arbeit und Anstrengung dem Publikum vor, und von den hervorragendsten Fachkennern in Europa und selbst in Amerika fand sein Werk in den verbreitetsten technischen Zeitschriften sehr günstige Rezensionen und die wohlwollendsten Beurtheilungen.

Im Jahr 1860 erschien im Druck und Verlag des Beklagten ein Buch, das den Titel führt: „Vollständiges Handbuch der Uhrenmacherkunst, besonders in Beziehung auf Thurm-, Wand- und Stutzuhren u. s. w. Herausgegeben von Emanuel Schreiber, dritte verbesserte und vermehrte Auflage, mit einem Atlas, enthaltend 21 lithographirte Foliotafeln. Weimar 1860, Verlag, Druck und Lithographie von Bernhard Voigt."

Der Kläger hatte von diesem Werk, sowie von dem pseudonymen Verfasser „Emanuel Schreiber," der als eine imaginäre Person in Wirklichkeit nicht existirt, keine Kenntniß, und wurde erst durch folgende Vorgänge darauf aufmerksam gemacht:

In der deutschen Gewerbszeitung von Friedrich Georg Wieks, welche bei Wilhelm Bänsch in Leipzig erscheint, war im 4. Heft 1860 S. 202 ein Artikel abgedruckt:

„Die Wahl und das Präpariren des Oels für Uhren," welcher Artikel dem letztgenannten Buche des Emanuel Schreiber entlehnt ist und worin dieses Buches überhaupt Erwähnung geschah.

Als der Kläger diesen Artikel durchlas, erkannte er zu nicht geringem Erstaunen, daß dieser Artikel *sein* Eigenthum und in dem *von ihm zuerst* herausgegebenen Werke veröffentlicht wurde, daß also das Emanuel Schreiber'sche Buch diesen Artikel nachdruckte, den wahren Autor verschwieg, ja überhaupt eines solchen mit keiner Sylbe auch nur entfernt gedachte.

Der Kläger wendete sich an den Herausgeber dieser Gewerbszeitung und veranlaßte im Julibest 1860 S. 260 eine Berichtigung, wer der wahre Verfasser dieses Artikels sei.

In der schweizerischen polytechnischen Zeitschrift, herausgegeben von Dr. P. Bollei und J. H. Kronauer, 5. Band, 2. u. 3. Heft, S. 75 wird des Buches des Beklagten gleichfalls erwähnt und dasselbe einer Kritik unterworfen. Der Herausgeber J. H. Kronauer bemerkt dazu: „Einige dieser Abschnitte sind aus dem vor zwei Jahren erschienenen *vortrefflichen* Werke von *Martens*, die Hemmungen der höheren Uhrenmacherkunst u. s. w. wörtlich abgeschrieben, und wir hätten gewünscht, daß wenigstens der Name des Autors *irgendwo* angeführt worden wäre!"

Auch in dem Blatte: Schwarzwälder Gemeinnützige Blätter, No. 21 1860, S. 82—84 erschien ein Aufsatz:

„Metalle, welche in der Uhrenmacherkunst am meisten angewendet werden,"

aus Schreibers Uhrenmacherkunst.

Und auch hier fand der Kläger, daß aus seinem Werke dieser Aufsatz wörtlich nachgedruckt war.

In No. 88 desselben erwirkte er eine Zurechtweisung dieser Schrifteigenthumsverletzung, fand aber selbst für nöthig, das beim Beklagten im Druck und Verlag erschienene Buch des Emanuel Schreiber sich zu verschaffen und eine Durchsicht desselben vorzunehmen.

In diesem Buche entdeckte nun der Kläger, daß der

Digitized by Google

Beklagte nicht allein ohne alle Angabe eines Autors aus seinem Buche folgende Abhandlungen abgedruckt hatte:

1) S. 4: Behandlung des Stahles im Allgemeinen,

2) S. 5 und 6: Das Härten des Stahles,

3) S. 7: Von der Behandlung des Messings,

4) S. 163—165: Die genaue Länge der Spiralfeder,

5) S. 166—167: Von der Anfertigung der Spiralfedern,

6) S. 168—169: Die Herstellung der Biegung an der Spiralfeder à la Breguet,

7) S. 184—186: Von der Wahl und dem Präpariren des Oeles und dessen Anwendung in Uhren: 1) die Wahl und das Präpariren des Oeles für Uhren,

8) S. 187: 2) Die Anwendung des Oeles in Uhren, — sondern, daß er auch aus den klägerischen Tafeln No. 22 seines Werkes, die No. 8 bis 11 und 292 bis 295 vollständig nachlithographirt hatte.

Schon die schamlose Art und Weise, wie der Beklagte sich das klägerische Werk zu Nutzen machte und den Kläger an seinem geistigen Eigenthum beschädigte, ihn um die Rechte und Verdienste der Autorschaft verkürzen wollte, veranlaßte diesen zur Erhebung einer Klage bei großh. Sachsen-Weimar-Eisenach'schen Stadtgericht in Weimar, in welcher Klage er das Begehren präzisirte: Untersuchung wegen dieses Nachdrucks einzuleiten und in Folge desselben auf eine bestimmte, durch den Beklagten dem Kläger zu leistende Entschädigungssumme zu erkennen und eine entsprechende Geldstrafe und Confiscation des nachgedruckten Werkes gegen den Beklagten zu verfügen.

Angesichts der Bundesbeschlüsse vom 11. Juli 1837 und 19. Juni 1845, wornach der ganze und theilweise Nachdruck in allen deutschen Bundesstaaten als eine mit Strafe bedrohte verbrecherische Handlung verboten ist, und nach den besondern für das Großherzogthum Sachsen-Weimar Eisenach verkündeten Gesetzen vom 11. Januar 1839 und 22. Januar 1852, wornach den Autoren Schutz gegen den Nachdruck ausdrücklich zugesichert worden ist, schien es nach dem Vorgetragenen keinem Bedenken zu unterliegen, daß dem Begehren der Klage entsprochen werde. Das Stadtgericht Weimar ging dagegen von der Ansicht aus: daß, wenn auch in dem Buche des Emanuel Schreiber die fraglichen oben bezeichneten 8 Artikel wirklich wörtlich nachgedruckt und der Autor nicht genannt wurde, dies in einem Buche wie das Schreiber'sche, welches 38 Druckbogen umfasse, kein Nachdruck sei.

So könnte man etwa aus den gleichen Gründen einen Dieb wegen Diebstahls nicht bestrafen, wenn er aus einem Uhrenlager nur Eine Uhr herausstiehlt, vielleicht weil er die weitern Dutzende von Uhren nicht mit sich schleppen kann, und doch ist es gewiß, daß wenn der Beklagte dem Kläger nur diese Eine Uhr wirklich entwendet hätte, was im Vergleich zu dem ihm an seinem geistigen Eigenthum zugefügten Schaden in gar keinem Vergleich steht, dennoch alle Schutzhülfe auf die Beine gerufen worden wäre, um den Dieb zu fangen, während hier, wo Bundesbeschlüsse und Partikulargesetze vorliegen, die gegen ganzen und theilweisen Nachdruck dem Autor Recht und Schutz versprechen, es ihm nicht gelingen konnte, die aufgerufene richterliche Hülfe zum Schutze in seinem geistigen Eigenthum für sich zu gewinnen.

Die Rechtsfrage, um die es sich hier handelt, ist unbezweifelt zu Gunsten des Klägers zu bejahen. Es ist nämlich Nachdruck, sobald ganze Stellen und Abhandlungen in ein fremdes Buch übertragen werden, ohne Wissen und Genehmigung des Autors und ohne Nennung der Autorschaft. Hier in diesem Falle, wo zahlreiche neue Erfindungen benützt wurden, um das nachgedruckte Buch mit einer vermehrten und verbesserten Auflage auszustatten und wo diese neuern Erfindungen aus dem Buche des Klägers in das des Beklagten übertragen wurden, ohne der Verdienste des Autors nur mit einer Sylbe zu gedenken, kann schon um deßwillen nicht mehr von bloßem Citiren oder Anführen die Rede sein, weil die Autorschaft eines Dritten geradezu verläugnet und der Versuch handgreiflich gemacht wurde, sich mit fremden Federn zu schmücken und die Waare so verkäuflich zu machen. Es geht dieses aus dem kennzeichnenden Umstande hervor, daß gerade nur die Artikel des Klägers, die von E. Schreiber in seinem Buche nachgedruckt wurden, von den citirenden Zeitschriften ausgewählt, und deßhalb als besonderer Empfehlung werth, mitgetheilt wurden, durch welche der Kläger sodann erst von dem an seinem Buche verübten Diebstahl Kenntniß erhielt. Mit dieser Ansicht, daß der vorliegende Fall unzweifelhaft strafbarer Nachdruck ist, sind die beiden Hauptschriftsteller über diesen Gegenstand, Wächter und Jolly*), einverstanden und ebenso wurde in dem in den Annalen Jahrg. 14 S. 142 mitgetheilten Falle und durch Urtheil großherz. Hofgerichts in

*) Die Lehre vom Nachdruck. Beilageheft zum Archiv für civ. Praxis 35. Bd. §. 10. S. 151. 155, vrgl. Friedländer, Rechtsschutz gegen Nachdruck, (Leipzig 1857), §. 8. S. 47 unten und S. 45. Note 1.

Digitized by Google

Freiburg J. S. Geiger gegen Wangler, Entſchädigung wegen Nachdrucks betreffend, am 13. September 1858 — entſchieden. Marquier.

32.

Beſchwerdeführung in Strafſachen.

I.

Steht dem Betheiligten, welcher nicht als Ankläger aufgetreten iſt, gegen die Verweigerung der Einleitung einer Unterſuchung das Rechtsmittel der Beſchwerdeführung zu?

§§. 55. 67. 328 der St.Pr.O.
§. 27 des Einf.Geſ. vom 5. Februar 1851.
Vrgl. Annalen 1852. (XIX.) No. 12. V. S. 95. 96.

Der Antrag auf Einleitung einer Unterſuchung iſt ſtets bei dem Amtsgerichte zu ſtellen.

§. 24 des Einf.Geſ. vom 5. Februar 1851.

Der durch ein Verbrechen Beſchädigte kann aber, zufolge §. 328 der St.P.O. die Fälle ausgenommen, in welchen ihm das Geſetz eine Anklage ausdrücklich geſtattet oder für nothwendig erklärt, die Einleitung einer Unterſuchung niemals verlangen; jedoch ſtellt ihm derſelbe §. der St.Pr.O. frei, wegen Einleitung einer ſolchen die Entſcheidung des Hofgerichts (§. 25 des Einf.Geſ.) nach §. 55 oder 67 der St.P.O. zu veranlaſſen.

Der §. 67 der St.P O. ſpricht von den zur amtsgerichtlichen Zuſtändigkeit (§. 16 des Einf.Geſ.) gehörigen d. h. denjenigen Straffachen, in welchen das Amtsgericht nicht blos die Unterſuchung zu führen, ſondern auch das Erkenntniß zu geben hat.

Wenn in einem ſolchen Falle das Amtsgericht die Unterſuchung verweigert, ſo räumt der §. 67 jedem Betheiligten das Recht ein, dies dem Hofgericht zur Anzeige zu bringen, welches dann, wenn es die Unterſuchung begründet findet, den Amtsrichter zur Führung derſelben anzuweiſen ermächtigt iſt. Hiernach iſt ſelbſt in dieſem Falle dem Betheiligten, welcher ja kein Recht hat, die Einleitung einer Unterſuchung zu verlangen, nicht ein Rechtsmittel gegen die amtsgerichtliche Verweigerung der Unterſuchung, ſondern nur Gelegenheit gegeben, die dienſtpolizeiliche Prüfung der Gegründetheit der amtsgerichtlichen Weigerung durch die Aufſichtsbehörde, das Hofgericht, herbeizuführen.

Der §. 55 der St.P.O ſpricht hiernach von ſolchen Fällen, in welchen dem Hofgericht oder dem Schwurgericht die Aburtheilung nach Ziff. 1 des §. 34 und nach §. 41 des Einf.Geſ. vom 5. Februar 1851 zukommt. In dieſen Fällen ſteht dem Hofgerichte auf Antrag eines Betheiligten die Entſcheidung zu, ob die Bedenken des Amtsgerichts gegen Einleitung einer Unterſuchung gegründet ſind.

Auch gegen dieſe Entſcheidung hat der Betheiligte kein Rechtsmittel, weil er kein Recht hat, die Einleitung einer Unterſuchung zu verlangen, wo er nicht das Recht zur Anklage hat und ausübt.

Das großh. Oberhofgericht hat deßhalb die Beſchwerdeführung gegen ſolche Entſcheidungen in folgenden Fällen nicht zugelaſſen:

1) Conſtantin Pflüger von Wangen beabſichtigte, die Suſanna Duttle von Oehningen zu ehelichen und ſich mit dieſer in Wangen bürgerlich niederzulaſſen. Zu dieſem Zwecke ließ ſich Suſanna Duttle von dem Gemeinderath zu Oehningen ein Vermögenszeugniß ausſtellen. In dieſem wurden die Liegenſchaften derſelben zu 485 fl. angeſchlagen und bemerkt, daß 282 fl. Schulden darauf eingetragen ſeien.

Die Brautleute ſtellten am 29. November 1859 bei dem Amtsgerichte Radolfzell den Antrag, die Ausſteller deſſelben nach §. 676 reſp. 486 des St.G.B. zu beſtrafen, indem ſie ausführten, das Zeugniß ſei falſch: denn die Duttle beſitze 11 Liegenſchaften, welche ſie zu 840 fl. verſteure.

Nach Vernehmung des Gemeinderaths eröffnete das Amtsgericht den Antragſtellern, daß es ſich nicht veranlaßt ſehe, gegen den Gemeinderath von Oehningen die beantragte Unterſuchung von Amtswegen einzuleiten.

Nachdem dann auch das Geſuch des Conſtantin Pflüger um Zulaſſung zum Antritt des Bürgerrechts reſp. um Aufnahme ſeiner Braut in Wangen verworfen worden war, wandte ſich Suſanna Duttle mit Eingabe vom 7. Mai 1860 an das großh. Hofgericht des Seekreiſes, erneuerte die Beſchuldigung gegen den Gemeinderath, daß dieſer in der Abſicht, eine ungerechte Verbeſcheidung des Bürgerannahmsgeſuchs herbeizuführen, das Vermögenszeugniß unrichtig ausgeſtellt habe, und ſtellte den Antrag, die von ihr ſchon beim Amtsgericht mit Bezug auf §. 676 d. St.G.B. nachgeſuchte Unterſuchung zu verfügen.

Das Hofgericht verwarf aber nach Vernehmung des

Digitized by Google

Amtsgerichts am 23. Mai die Beschwerde der Susanna Duttle als unbegründet.

Hiergegen führte sie am 4. Juli — gemeinschaftlich mit Constantin Pfluger — den Rekurs an großh. Oberhofgericht aus, mit dem Antrag, die verlangte Untersuchung einzuleiten.

Nach Einvernahme des Hofgerichts erkannte das großh. Oberhofgericht am 16. August 1860:

In Erwägung, daß derjenige, welcher durch ein Verbrechen beschädigt zu sein behauptet, außer dem hier nicht vorhandenen Falle, wo das Gesetz eine Anklage gestattet oder für nothwendig erklärt, die Einleitung einer Untersuchung wegen jenes Verbrechens niemals verlangen, sondern nur das Hofgericht veranlassen kann, darüber zu entscheiden, ob eine Untersuchung einzuleiten sei. §. 328 und 55 der St.Pr.O. §. 27 des Einf Ges.

In Erwägung, daß gegen eine hofgerichtliche Entscheidung dieser Art, insbesondere gegen den Ausspruch, daß eine Untersuchung nicht einzuleiten sei, dem Beschädigten keinerlei Rechtsmittel zukommen, weil das Gesetz da, wo es von den Rechtsmitteln des Beschädigten handelt, nämlich im ersten Theil des §. 338 der St.Pr.O. von einer Beschwerde desselben im Falle des §. 328 Nichts erwähnt; die im zweiten Theil jenes §. enthaltene Bestimmung aber ausdrücklich nur auf denjenigen sich bezieht, welcher in einem der gesetzlich bestimmten Fälle als Ankläger aufgetreten ist;

In Erwägung, daß wenn daher auch die Verfügung des großh. Hofgerichts des Seekreises vom 23. Mai d. J. als eine Entscheidung im Sinne des §. 328 der St.P.O. anzusehen ist, die dagegen ausgeführte Beschwerde nicht als zulässig erachtet werden kann,

wird die von Susanna Duttle und Constantin Pfluger gegen die angeführte hofgerichtliche Verfügung erhobene Beschwerde, unter Verfällung der Beschwerdeführer in die deßfallsigen Kosten, als unstatthaft verworfen.

2) Ferdinand Sauter von Constanz erhob im Mai 1860 bei dem großh. Amtsgerichte Constanz gegen die Mitglieder der Gesellschaft Hogg in Löffingen, mit welchen derselbe seit Jahren in Vertragsverhältnissen stand, eine Anklage wegen Betrugs und Unterschlagung mit der Bitte, Untersuchung hierüber zu pflegen und die Akten hierauf dem grßh. Hofgerichte zur Entscheidung vorzulegen.

Mit Verfügung vom 21. Mai wies das großh. Amtsgericht diese Bitte ab, weil hier kein Grund zur Einleitung einer gerichtlichen Untersuchung vorhanden sei.

Der Ankläger reichte am 21. August bei großh. Hofgerichte eine Eingabe ein, worin unter Hinweisung auf jene Verfügung des großh. Amtsgerichts bemerkt wurde, daß, wenn dieses früher keinen Grund zur Einleitung einer Untersuchung gefunden habe, ein solcher jetzt beim Hinzutreten neuer Umstände vorliege, weßhalb er, da das Amtsgericht auf wiederholte mündliche Vorstellungen sich nicht bestimmen lasse, Untersuchung zu pflegen und solche dem Hofgerichte vorzulegen, sich genöthigt sehe, mit seinem Gesuche sich an dieses zu wenden. Nach näherer Begründung wird das Gesuch um Schuldigerklärung und um Verfällung zur Schadloshaltung wiederholt.

Das großh. Hofgericht behandelte die Eingabe des Anklägers als eine Beschwerde gegen die amtsgerichtliche Verfügung vom 21. Mai und verwarf sie mit Erkenntniß vom 12. September als unbegründet.

Hierauf übergab Ferdinand Sauter am 3. Oktober bei dem Amtsgerichte eine an großh. Oberhofgericht gerichtete Beschwerde, welche durch Vermittlung des Hofgerichts vorgelegt wurde. Sie nimmt auf die früheren Ausführungen Bezug und schließt mit der Bitte um Anordnung der Untersuchung und um Verurtheilung der Angeklagten.

Das großh Oberhofgericht erkannte aber am 16. November 1860, die von dem Ankläger Ferdinand Sauter gegen das hofgerichtliche Erkenntniß vom 12. September ergriffene Beschwerde sei, unter Verfällung des Beschwerdeführers in die Kosten, als unstatthaft zu verwerfen.

In den

Entscheidungsgründen

wird ausgeführt:

Hinsichtlich der Anklage und der Anschließung eines, durch ein Verbrechen Beschädigten erklärt der §. 27 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 den 22. Titel der St.Pr.O. mit dem Beisatze für anwendbar, daß die in §. 328, in Verbindung mit den §§. 55 u. 67 der St.P.O. den Bezirksstrafgerichten zugewiesene Entscheidung über die vom Beschädigten verlangte Einleitung einer Untersuchung dem Hofgerichte zustehe.

Die Einleitung einer Untersuchung darf aber der Beschädigte nach dem §. 328 nur in denjenigen Fällen, in welchen das Gesetz ausdrücklich eine Anklage gestattet oder für nothwendig erklärt, verlangen, außer diesen Fällen dagegen nur die Entscheidung des Hofgerichts darüber nach §§. 55. 67 der St.Pr.O. veranlassen.

Zu einer Anklage war hier der Beschwerdeführer nicht

Digitized by Google

befugt, da der §. 332 der St.P.O., welcher die in §. 328 erwähnten „gesetzlich bestimmten Fälle" näher bezeichnet, die Verbrechen des Betrugs und der Unterschlagung nicht darunter rechnet; es kann sonach das Begehren des Beschwerdeführers nur als ein Antrag auf Untersuchung im Sinne der §§. 55. 67 der St.Pr.O. in Betracht kommen, gegen dessen abweisliche Verbescheidung ihm kein Rechtsmittel zusteht, da der hierüber handelnde §. 338 der St.Pr.O. in einem solchen Falle nur dem, in den gesetzlich bestimmten Fällen als Ankläger aufgetretenen, Betheiligten das Rechtsmittel der Beschwerdeführung gestattet, eine Anklage aber, wie erwähnt, hier nicht statthaft ist.

Die erhobene Beschwerde erscheint hiernach, auch abgesehen davon, daß über den Antrag des Beschwerdeführers schon in zwei Instanzen entschieden worden, die Entscheidung einer dritten Instanz aber in Strafrechtssachen nach bekannten Strafprozeßvorschriften nicht statthaft ist, als unbedingt verwerflich.

3) Christian Friedrich von Niefern hatte einen Civilprozeß gegen Wilhelmine Bleßinger von Karlsruhe geführt, in welchem er in Folge ihrer Eidesleistung unterlag. Auf seinen Antrag wurde gegen dieselbe eine Untersuchung wegen Meineids eingeleitet, welcher er sich bezüglich seiner Schadensersatzforderung anschloß.

Durch Erkenntniß der Anklagekammer des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 22. Febr. 1861 wurde jedoch ausgesprochen, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung der Angeschuldigten vorhanden sei. Gegen dies Erkenntniß führte Christian Friedrich Beschwerde und stellte den Antrag, die Angeschuldigte vor das Schwurgericht zu verweisen, indem er die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels aus §. 338. Abs. 3 der St.Pr.O. abzuleiten suchte und ausführte, daß die in der Untersuchung erhobenen Beweise zur Verurtheilung der Angeschuldigten ausreichen.

Das großh. Oberhofgericht verwarf jedoch durch Erkenntniß vom 27. März 1861 die Beschwerdeführung als unzulässig,

in Erwägung, daß der §. 338 Abs. 3 der St.P.O., worauf sich der Beschwerdeführer zur Nachweisung der Zulässigkeit des Rechtsmittels bezieht, ein solches nur demjenigen Betheiligten gewährt, welcher in den gesetzlich bestimmten Fällen als Ankläger aufgetreten ist, daß aber im vorliegenden Falle der Beschwerdeführer, wenn er gleich die Einleitung des Verfahrens gegen die Angeschuldigte veranlaßt und sich demselben angeschlossen hat, doch nicht als Ankläger aufgetreten ist und nicht als solcher auftreten konnte, weil das Verbrechen des Meineids nicht zu denjenigen gehört, wegen welcher das Gesetz eine Anklage von Seiten des Beschädigten gestattet oder nothwendig erklärt;

aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 82 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 sowie der §§. 328. 339 und 351 der St.P.O. wurde, wie geschehen, erkannt.

Stf.

II.

Steht dem Staatsanwalt das Rechtsmittel der Beschwerdeführung gegen eine Verfügung zu, wodurch das Hofgericht einem Verbrechen eine schwerere Eigenschaft abspricht und deßhalb die Sache an das Amtsgericht zurückweißt?

Das großherzogliche Oberhofgericht hat in dem, in den Annalen 1857 (XXIV.) No. 31. 1. S. 241 ff., mitgetheilten Falle die Beschwerdeführung des Staatsanwalts gegen eine Verfügung zugelassen, wodurch das Hofgericht einem Diebstahl die schwerere Eigenschaft als dritter Diebstahl abgesprochen, nur den Rückfall in den Diebstahl angenommen und deßhalb den Fall an das Amtsgericht zurückgewiesen hatte. *)

Dagegen hat der höchste Gerichtshof in neuester Zeit in folgenden zwei Fällen die Beschwerdeführung gegen eine solche Verfügung als unzulässig verworfen.

1) Polizeidiener Johann Bauer von Mahlspüren war beschuldiget, bei Ausübung seines Dienstes die Monika Wolf mißhandelt und ihr eine Körperverletzung zugefügt zu haben, welche eine vorübergehende beschränkte Arbeitsunfähigkeit derselben von einigen Tagen zur Folge hatte. Er wurde deßhalb von großh. Kreisregierung vor Gericht gestellt. Das Hofgericht des Seekreises verfügte nach geschlossener Untersuchung am 22. Februar d. J., daß kein Grund zur Fällung eines oberrichterlichen Erkenntnisses vorhanden, vielmehr diese Sache vom Amtsgericht zu erledigen sei, weil hier eine Körperverletzung vorliege, welche unter die Bestimmung des §. 227 resp. 232 Ziff. 4 des St.G.B. falle, somit gemäß §. 16 Ziff. 3 des Gesetzes vom 5. Februar

*) Ueber die Gerichtsbarkeit entscheidet die Anschuldigung. Vergl. §§. 19 bis 22. 42. 43 des Einf.Ges. vom 5. Febr. 1851.

Digitized by Google

1851 zur amtsgerichtlichen Competenz gehöre, es sich also um ein Verbrechen handle, durch welches eine höhere als dreimonatliche Gefängnißstrafe nicht verschuldet sei, weßhalb der §. 703 d. St.G.B. keine Anwendung finde.

Hiergegen ergriff der Staatsanwalt auf den Grund des §. 36. Abs. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, die Beschwerde darauf stützend, daß durch die hofgerichtliche Verfügung dem Verbrechen mit Unrecht die höhere Qualifikation als Amtsverbrechen abgesprochen und damit erkannt sei, daß wegen dieser höhern Qualifikation kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung vorhanden, daß hier eine ideale Concurrenz zweier Verbrechen vorliege, und Amtsverbrechen überhaupt nach §. 34 vrgl. mit §. 16 Ziff. 7 *) des Gesetzes vom 5. Februar 1851 vor die Hofgerichte gehören, somit auch zufolge §. 20 daselbst die hofgerichtliche Competenz wegen der Körperverletzung begründet sei.

Von großh. Oberhofgericht wurde jedoch durch Erkenntniß vom 21. Mai d. J. die Beschwerdeführung als unstatthaft verworfen.

Gründe.

In Erwägung, daß zwar der §. 36 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 dem Staatsanwalt das Recht gibt, gegen Erkenntnisse, wodurch ausgesprochen wird, „daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei," das Rechtsmittel der Beschwerdeführung zu ergreifen und das hier vom Staatsanwalt gestellte Begehren an den Oberrichter zu richten;

In Erwägung aber, daß dieser Fall hier nicht vorliegt, indem das großh. Hofgericht jenes Erkenntniß nicht erlassen, sondern vielmehr nur verfügt hat, daß kein Grund zur Fällung eines oberrichterlichen Erkenntnisses vorhanden, sondern das Amtsgericht zur Verbescheidung der Sache zuständig, beziehungsweise daß diese von dem Amtsgerichte Ueberlingen nach §. 18 des Einf.Ges. zu erledigen sei, was keineswegs mit jenem Erkenntnisse gleichbedeutend ist, und auch insbesondere eine Außerverfolgungsetzung bezüglich des Amtsmißbrauchs nicht enthält, sondern im Gegentheil dem Amtsgerichte die Beurtheilung der That freiläßt, wenn das Hofgericht auch gleich in seinen Motiven dem Umstande, daß die Körperverletzung in Ausübung des Dienstes erfolgte, nur die Bedeutung eines Strafausmessungsgrundes beilegt;

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt.

2) Martin Rosengart von Täfertingen, im Königreich Baiern hatte sich am 10. Februar 1860 zu Tepfenhart im Amtsgerichtsbezirk Meersburg eines Diebstahlsversuchs schuldig gemacht, nachdem er vorher schon mehreremal wegen Diebstahls polizeilich und sodann zweimal, nämlich am 5. März 1856 und 14. Febr. 1859 wegen Diebstahls von baierischen Gerichten bestraft worden war. Derselbe hatte aber zur Zeit der ersten gerichtlichen Aburtheilung das 16. Jahr noch nicht ganz zurückgelegt, es fehlten noch 8 Monate. Doch wurden dazumal keine besondern Erhebungen darüber gemacht, ob der Angeschuldigte die zur Unterscheidung der Strafbarkeit erforderliche Ausbildung bereits erlangt hatte.

Vom Hofgericht des Seekreises wurde nun am 9. Mai 1860 verfügt, daß die Sache vom Amtsgericht abzuurtheilen sei, weil die erste gerichtliche Aburtheilung bei Berechnung der Rückfälle wegen Mangels der Erhebungen über die zur Unterscheidung der Strafbarkeit erforderliche Ausbildung nicht in Betracht kommen könne, daher die neuerliche Uebertretung nicht als Versuch eines dritten Diebstahls, sondern als erster Rückfall in den Diebstahl erscheine, somit das Amtsgericht nach §. 16 Ziff. 10 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 zuständig sei.

(Schluß folgt.)

*) Wo der §. 298 des St.G.B. von der amtsgerichtlichen Competenz ausgeschlossen ist. D. E.

In A. Bielefeld's Hofbuchhandlung in Karlsruhe ist erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Die

badischen Gemeinde-Gesetze

sammt den dazu gehörigen

Verordnungen und Ministerial-Verfügungen, mit geschichtlichen und erläuternden Einleitungen und Anmerkungen.

Nach amtlichen Quellen bearbeitet

von

Dr. Friedrich Fröhlich,

großh. bad. Geh. Rath im Ministerium des Innern und Director des Oberstudienraths.

Zweite veränderte und vermehrte Auflage.

Geheftet fl. 4. 30 kr., in Leinwand gebunden fl. 5. 12 kr.

Redakteur Oberhofgerichtsrath Strmpf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 12.

(Schluß von Art. 32.)

Hiegegen ergriff der Staatsanwalt auf den Grund des §. 36 Ziff. 1 des alleg. Gesetzes das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, die Beschwerde in formeller Hinsicht darauf stützend, daß durch die hofgerichtliche Verfügung dem Verbrechen die schwerere Eigenschaft als versuchter dritter Diebstahl abgesprochen, also damit erkannt sei, daß hinsichtlich dieser schwereren Eigenschaft kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden, §. 35. Abs. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 1851, und in materieller Hinsicht darauf, daß das Gericht aus den Ergebnissen der eigenen Wahrnehmungen selbst ermessen könne, ob der Angeschuldigte die zur Unterscheidung der Strafbarkeit der Handlung erforderliche Ausbildung bereits erlangt und nicht in allen Fällen nothwendig habe, deßfallsige besondere Erhebungen zu machen (vgl. §. 251 der St.Pr O.), daß daher das Dasein dieser Ausbildung des Angeschuldigten bei der ersten gerichtlichen Aburtheilung hier um so weniger zu beanstanden sei, als solche von einem Collegialgericht, dem Kreis- und Stadtgericht Kempten, nach gepflogener mündlicher Verhandlung erfolgt sei und das baierische Strafgesetz in Art. 99 eine ähnliche Bestimmung enthalte, wie unser Strafgesetz in §. 79, wozu noch komme, daß der Angeschuldigte nach dem pfarramtlichen Zeugnisse Talent besitze und jetzt selbst zugestehe, daß er bei Begehung des vom gedachten Gericht abgeurtheilten Diebstahls die Strafbarkeit seiner Handlung wohl eingesehen habe.

Vom großh. Oberhofgericht wurde jedoch durch Erkenntniß vom 4. Juni d. J. die Beschwerde als unzulässig verworfen.

Gründe.

In Erwägung, daß der §. 36 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch, welcher der Beschwerde des großh. Staatsanwalts gegen die hofgerichtliche Verfügung vom 9. v. M. Eingang verschaffen soll, und welcher sich offenbar auf §. 35 Abs. 1 jenes Gesetzes bezieht, hier keine Anwendung finden kann, weil die gedachte Verfügung weder von der, in letzterm Paragraphen erwähnten Unterstellung ausgeht, noch überhaupt ausspricht, daß kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei, vielmehr im Gegentheil dieselbe insofern gerade für zulässig erklärt, als damit die Aburtheilung durch das Amtsgericht verfügt wurde;

in Erwägung, daß hinsichtlich der Statthaftigkeit der vorliegenden Beschwerde sich auch nicht auf eine Analogie des §. 82 Abs. 2 des Einführungsgesetzes berufen werden kann, da in Ansehung der Untersuchungen, welche gemäß §. 31 dieses Gesetzes den Hofgerichten vorgelegt werden, inhaltlich des §. 35 diesen Gerichten nicht die nämliche Stellung gegenüber den Amtsgerichten eingeräumt ist, welche der §. 80 Abs. 3 für die Anklagekammern den Hofgerichten gegenüber bestimmt hat; eine hofgerichtliche Verfügung, wodurch die Verbescheidung einer Strafsache dem Amtsgerichte zugewiesen wird, mithin nicht als eine definitive Erledigung, welche für diese Gerichte eben so bindend ist, wie ähnliche Verfügungen der Anklagekammern für die Hofgerichte, sondern nur als vorläufige Ansichtsäußerungen bezüglich der Qualification der angeschuldigten That, und der davon abhängenden Competenz angesehen werden kann, deren Adoptirung dem Amtsgerichte jederzeit freistehen muß; —

in Erwägung, daß sich nicht behaupten läßt, daß wenn in einem solchen Falle das Amtsgericht der vom Hofgerichte ausgesprochenen Ansicht über die Zuständigkeit etwa beitreten sollte, die Strafrechtspflege wesentlich gefährdet werden könnte, indem ein der Art sich gestaltender Fall nicht anders anzusehen ist, als wenn das Amtsgericht gleich von Anfang an seine Gerichtsbarkeit für begründet erachtet, und deßhalb ohne Vorlage der Akten an das Hofgericht, selbst das Erkenntniß gegeben hätte, und indem somit die Staatsbehörde, wenn sie die vom Hofgerichte geäußerte und vom Amtsgerichte angenommene Ansicht nicht theilen zu können glaubt, immer noch das Recht behält, von der ihr durch §. 22 des Einf.-Gesetzes eingeräumten Befugniß Gebrauch zu machen, und gegen das diesfalls ergehende amtsgerichtliche Erkenntniß den Rekurs zu ergreifen; —

in Erwägung, daß wenn auch das Verfahren, welches hier das großh. Hofgericht einschlagen, beziehungs-

Digitized by Google

weiſe einleiten zu müſſen glaubte, nicht gerade dasjenige war, welches dem Geſetze und der Sachlage entſprach, [1]) da der Angeſchuldigte in der vorliegenden Unterſuchung nun einmal und wohl auch nicht ganz ohne allen Grund des Verſuchs eines dritten Diebſtahls, ſomit eines zur hofgerichtlichen Competenz gehörenden Verbrechens beſchuldigt wurde, das großh. Hofgericht alſo, ſelbſt wenn es in der vorwürfigen That nur einen erſten Rückfall in den Diebſtahl erblickte, dennoch zur Erlaſſung des Urtheils nicht allein zuſtändig, ſondern auch durch Gründe der Zweckmäßigkeit angewieſen war, — dieſe Verhältniſſe keinen Grund abgeben können, eine diesfällige Beſchwerde der Staatsbehörde, welche nun einmal das Geſetz nicht gibt, zuzulaſſen. —

Aus dieſen Gründen mußte, wie geſchehen, erkannt werden.

Gegen dieſe Entſcheidungen erlaube ich mir Folgendes zu bemerken:

Durch eine hofgerichtliche Verfügung, welche eine Sache an das Amtsgericht zurückweiſt, ſei es, weil es am Beweis oder an den geſetzlichen Vorausſetzungen der höheren Qualification eines Verbrechens fehlt, iſt zugleich folgeweiſe dem Verbrechen die ſchwerere Eigenſchaft abgeſprochen, alſo mit anderen Worten erkannt, daß hinſichtlich dieſer ſchwereren Eigenſchaft wegen Unzulänglichkeit des Beweiſes oder wegen Mangels an den geſetzlichen Vorausſetzungen kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden ſei. Jahrb. des Oberhofgerichts n. F. XIII. S. 27. 176. Note.

Jene Verfügung iſt alſo, wenn auch nicht dem Wortlaut, ſo doch dem Weſen nach in Bezug auf die ſchwerere Eigenſchaft eine Verfügung im Sinne des §. 35 Ziff. 1 des Geſetzes vom 5. Februar 1851, daher gemäß §. 36 dem Staatsanwalt das Rechtsmittel der Beſchwerdeführung zuſteht. [2]) Auch iſt in der That kein Grund einzuſehen, warum eine hofgerichtliche Verfügung, wodurch einem Verbrechen die ſchwerere Eigenſchaft abgeſprochen, und die Sache an das Amtsgericht zurückgewieſen wird, nicht dieſelbe rechtliche Wirkung haben ſollte,

---

[1]) Das von dem großh. Hofgericht eingehaltene Verfahren verſtößt zwar nicht gegen ein ausgeſprochenes Verbot des Geſetzes, allein es kann nicht als eine zuläſſige Art der Erledigung einer dem Hofgericht zur Abtheilung vorgelegten Sache betrachtet werden. Denn eine an das Hofgericht zur Abtheilung vorgelegte Unterſuchung an das Amtsgericht zur Erledigung zurückzuweiſen, iſt jenem nur in den durch §. 20 des Geſetzes vom 5. Februar 1851 bezeichneten Fällen geſtattet, und kann in einem andern Falle auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß das Hofgericht in den Gründen zu ſeinem Beſchluß oder in dieſem ſelbſt ausſpricht, das ſeine Gerichtsbarkeit begründende Merkmal ſei nicht vorhanden, und deßhalb dem Amtsgericht ſelbſt die Erledigung — alſo das Erkenntniß über den von der Anſchuldigung noch übrig bleibenden Reſt — zu überlaſſen. Denn die Hofgerichte ſind mit der Strafgerichtsbarkeit nicht deßhalb betraut, um ſich auf das Erkenntniß über das Nichtvorhandenſein gewiſſer Merkmale der Anſchuldigung zu beſchränken. Eine ſolche Verbeſcheidung wäre nichts Anderes, als eine Theilung oder Spaltung des Erkenntniſſes über ein und dieſelbe That und eine derartige, wahrhaft abſonderliche Erledigungsart hätte doch irgendwo im Geſetze den Hofgerichten ausdrücklich wie in §. 80 Abſ. 3 des Geſ. vom 5. Februar 1851 den Anklagekammern eingeräumt werden müſſen. Red.

[2]) Die hier in Frage ſtehende Entſcheidung fällt nicht unter §. 35 des Einf.Geſ. vom 5. Febr. 1851 und konnte im Geſetze nicht vorgeſehen ſein, eben weil ſie dieſem nicht entſpricht.

Der §. 35 kennt nämlich nur zwei Arten der Erledigung der dem Hofgerichte zur Abtheilung vorgelegten Sachen, nämlich entweder durch Urtheil, oder durch den Ausſpruch, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden ſei.

Wenn dem Hofgerichte eine Unterſuchung, in welcher ein zu deſſen Gerichtsbarkeit gehöriges Verbrechen den Gegenſtand der Anſchuldigung bildet, zur Abtheilung vorgelegt wird, ſo erkennt daſſelbe hieraus, daß die Aktenvorlage keineswegs auf einem Ueberſehen beruhte, ſondern nach der amtsgerichtlichen Auffaſſung des Falles eine ganz gerechtfertigte war. Es muß alſo dem Angeſchuldigten als vor ſeine Schranken geſtellt betrachten und demgemäß — wenn nicht etwa Abſ. 2 d. §. 40 d. Geſ. vom 5. Febr. 1851 zur Anwendung kommt — über die Anſchuldigung ihrem ganzen Umfang nach die Entſcheidung geben; das Hofgericht hat die Sache ſelbſt dann definitiv zu erledigen, wenn es bei der Beurtheilung derſelben die Anſicht des Amtsgerichts nicht begründet findet, ſondern dafür hält, daß das, die hofgerichtliche Gerichtsbarkeit begründende Merkmal nicht als vorhanden oder nicht als bewieſen zu erachten ſei. Die entgegengeſetzte Anſicht würde dahin führen, daß durch Zurückweiſung einer Strafſache an das Amtsgericht dieſem in der Beurtheilung des Falls Zwang angethan würde, wie z. B. in dem obigen Falle, wo es die Conſtatirung der Unterſcheidungsfähigkeit des Angeſchuldigten für genügend hielt, aber nun ein Urtheil geben ſoll, zu deſſen Begründung es ausſprechen muß, jene Conſtatirung habe nicht ſtattgefunden, oder wenn es eine Unterſuchung, worin es die Anſchuldigung der im §. 232, Ziff. 3 d. Str.Geſ. bedrohten vorſätzlichen Körperverletzung im Affekt — durchgeführt hat, mit der Zumuthung zurückerhält, auf dieſe Unterſuchung ein Erkenntniß wegen fahrläſſiger Körperverletzung zu geben.

Dieſer Mißſtand tritt in den, — von dem vorliegenden weſentlich verſchiedenen — Fällen des §. 20 des Einf.Geſ. — den einzigen, in welchen die Zurückweiſung an das Amtsgericht zugelaſſen iſt, nicht ein, da dort der Ueberzeugung des Amtsrichters in keiner Hinſicht Zwang angethan werden kann. Red.

Digitized by Google

wie eine ähnliche Verfügung der Anklagekammer [3]), sondern nur als vorläufige Ansichtsäußerung bezüglich der Qualification der angeschuldigten That und davon abhängigen Competenz zu betrachten wäre, deren Adoptirung dem Amtsgerichte jeder Zeit freistehen müßte. In dem Gesetz selbst ist für eine solche Unterscheidung kein Grund zu finden. Wenn der Staatsanwalt gegen eine hofgerichtliche Verfügung, welche die Sache an das Amtsgericht zurückweist, kein Rechtsmittel ergreift, so ist damit eben so wie durch eine von der Anklagekammer ausgesprochene Verweisung der Sache an das Hofgericht, dem Verbrechen die schwerere Eigenschaft endgültig abgesprochen und die Frage der Competenz rechtskräftig entschieden; es ist somit das Amtsgericht wie das Hofgericht an eine solche Verfügung gebunden [4]); vgl. Bekk Anmerk. zu §. 41 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 S. 34, Jahrb. des Oberhofgerichts n. F. XIII. S. 30 ff. Und es kann der Staatsanwalt ein amtsgerichtliches Strafurtheil, welches auf den Grund einer derartigen hofgerichtlichen Verfügung erlassen wurde, nicht mehr nach §. 22 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 anfechten. Auf jeden Fall wäre der Antrag des Staatsanwalts auf Aufhebung des amtsgerichtlichen Urtheils ganz erfolglos, indem das Hofgericht voraussichtlich auf seiner früheren Verfügung beharren, und den Antrag des Staatsanwalts als unbegründet verwerfen würde, wie dies auch vom Hofgericht des Seekreises durch Verfügung vom 27. Juni d. J. in der Untersuchungssache gegen Martin Rosengart geschehen ist. Und gegen eine solche Verfügung steht dem Staatsanwalt kein Rechtsmittel zu. [5]) Wollte man daher dem Staatsanwalt die Befugniß der Beschwerdeführung gegen eine hofgerichtliche Verfügung versagen, welche einem Verbrechen eine schwerere Eigenschaft abspricht, und deßhalb die Sache an das Amtsgericht zurückweist, so würde dadurch dem Hofgericht und zwar einem Dreimännergericht eine zu große Gewalt eingeräumt, indem in vielen Fällen der Angeschuldigte von der gerichtlichen Verfolgung wegen der schwereren Eigenschaft eines Verbrechens frei würde, somit die Strafrechtspflege allerdings wesentlich gefährdet werden könnte.

Haager.

---

[3]) Daß der §. 80 des Ges. vom 5. Febr. 1851 auch auf die Hofgerichte analoge Anwendung finde, kann schon deßhalb nicht behauptet werden, weil die Anklagekammern nach dem Gesetze nicht wie die Hofgerichte eine Strafgewalt haben, folglich wo sie eine Strafe für verwirkt halten, den Fall an das betreffende Strafgericht verweisen müssen. Red.

[4]) Daß das Hofgericht eine ihm auf diesem Wege zugekommene Strafsache in allen Fällen verbescheiden müsse, steht noch keineswegs fest.

J.B. n. F. XIII. S. 30 ff. Red.

[5]) Allerdings darf nicht übersehen werden, daß durch die unzulässige (negative) Erledigungsweise dem Staatsanwalt ein Rechtsmittel entzogen wird, welches er im Falle ordnungsmäßiger Erledigung durch Urtheil gegen dieses nach §. 7 des Recursgesetzes ausführen könnte. Red.

33.

Eidesabnahme auswärts.

I. Wegen Verhinderung durch Krankheit.

1) Der §. 552 der Pr.O. handelt an sich nicht von dem Falle der Verhinderung der Eidesleistung vor dem zuständigen Gerichte wegen Entfernung von demselben, wie der §. 554 der Pr.O., sondern von dem wesentlich verschiedenen Falle der Verhinderung am Erscheinen im Gerichtslokale, wo der Eid in der Regel zu leisten ist, und ermächtigt das zuständige Gericht, ausnahmsweise wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit dessen, der schwören soll, den Eid in der Wohnung desselben abzunehmen.

2) Der §. 554 aber läßt eine Ausnahme von der Regel zu, daß das Gericht, welches auf den Eid erkannt hat, oder das dessen Stelle versehende Untergericht selbst den Eid abnehme, und ermächtigt das Gericht, welches auf den Eid erkannt hat, die Abnahme des von einem unverhältnißmäßig weit Entfernten zu leistenden Eides auf dessen Verlangen einem andern Gerichte, dem seines Aufenthaltsorts, zu übertragen, wenn nicht die Reise und Aufenthaltskosten von der Gegenpartei vorgeschossen werden.

3) Wenn man diese Unterscheidung mit aller Strenge festhält, so kommt man zu dem Satze, ein Auswärtiger könne sich zur Begründung des Verlangens, bei dem Gerichte seines Aufenthaltsorts den ihm auferlegten Eid leisten zu dürfen, nicht auf den §. 552 der Pr.O. berufen: da dieser §. die Frage, welches Gericht den Eid abzunehmen habe, ganz unerörtert lasse, vielmehr nur die Frage behandle, in welchen Fällen das Gericht, welches den Eid abzunehmen hat, sei es nun das zuständige oder ein von ihm requirirtes, dies ausnahmsweise in der Wohnung dessen, der zu

Digitized by Google

schwören hat, statt im Gerichtslokal zu bewerkstelligen habe.

4) Allein hier ist offenbar eine Lücke im Gesetze, und der dritte Fall, wie er im Leben auch vorkommt, nicht berührt, daß der auswärts sich aufhaltende Schwurpflichtige durch Krankheit zwar verhindert wird, an den entfernten Sitz des Gerichts, welches den Eid abzunehmen hat, zu reisen, aber doch noch an den Sitz des Gerichts seines Aufenthaltsorts sich begeben kann.

Dem §. 552 liegt nämlich das Prinzip zu Grund, daß Demjenigen, der wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit da nicht erscheinen kann, wo der Regel nach die Eidesabnahme zu geschehen hätte, der Eid da abgenommen werden darf, wo jener Zustand es gestattet.

Wenn dieser der Art ist, daß der Schwurpflichtige seine Wohnung nicht verlassen kann, so ist demselben der Eid in dieser, seiner Wohnung, abzunehmen, natürlich gleichviel, ob sie am Sitze des Gerichts oder anderswo sich befindet.

Wenn aber der Schwurpflichtige durch solche ihm nicht beizumessende Ursachen nur gehindert ist, nach dem Gerichtsort zu reisen, wo die Eidesleistung zu geschehen hätte, so muß es ihm gestattet sein, den Eid an dem Orte zu leisten, wo sein Erscheinen möglich ist.

Hiernach dient Krankheit nicht nur zur Begründung des Gesuchs um Aufschub der Eidesabnahme oder um Vornahme derselben im Hause, sondern auch des Antrags auf Abnahme des Eides bei dem Richter des Aufenthaltsorts nach §. 554 der Pr.O.

Unerlaubte Entfernung aus der Heimath gibt kein Recht auf die Vergünstigung dieses Heil.

Vrgl. Annalen XXIV. (1857) No. 11. II. S. 85.

Die Verhinderung des auswärts wohnenden Schwurpflichtigen durch Krankheit wird durch ärztliche Zeugnisse allein nicht dargethan, sondern die Identität seiner Person muß auch festgestellt sein.

II. Der Schwurpflichtige kann ebenso wie sein Gegner und selbst gegen dessen Willen auf alsbaldige Abnahme des urtheilsmäßigen Eides dringen.

J. S. des Nicolaus Müller in Salem gegen Johann Baptist Räsle von da, nun in Amerika, vertreten durch seinen Sohn Franz Ludwig Räsle in Salem, Erbtheilung beziehgsw. Einwerfung betr., hatte das großh. Oberhofgericht am 12. April 1860, das hofgerichtliche Urtheil theils bestätigend, theils abändernd auf einen Eid erkannt. Der Generalbevollmächtigte des wegen Hochverraths landesflüchtigen Beklagten stellte bei dem großh. Amtsgerichte Salem den Antrag, dem Beklagten die Ableistung des urtheilsmäßigen Eides zu New-York, als seinem gegenwärtigen Wohnsitze, zu gestatten, sofern nicht die Reise- und Aufenthaltskosten von dem Kläger vorgeschossen werden. Letzterer bestritt aber die Anwendbarkeit des §. 554 Pr.O. auf den vorliegenden Fall und verlangte die Ableistung des dem Beklagten auferlegten Eids vor großh. Amtsgericht Salem. Das großh. Hofgericht des Seekreises legte die Acten dem großh. Oberhofgerichte vor, indem es die Ansicht aussprach, der Incidentstreit eigne sich zur Entscheidung durch den obersten Gerichtshof, weil dieser auf den abzunehmenden Eid erkannt habe.

Das großh. Oberhofgericht setzte den Incidentstreit, bei welchem Gerichte der urtheilsmäßige Eid zu leisten sei, zur mündlichen Verhandlung in öffentlicher Gerichtssitzung aus, und erkannte am 4. Oktober 1860.

In Erwägung, daß der Beklagte, welchem durch das diesseitige Urtheil vom 12. April l. J. der Eid auferlegt wurde, anerkanntermaßen wegen eines Verbrechens, nämlich wegen Hochverraths, landesflüchtig ist, daher sich seine Entfernung von Hause offenbar als eine unerlaubte darstellt, und er deßhalb keinerlei Rechte daraus ableiten kann; —

in Erwägung, daß das Amnestiedecret vom 9. Juli 1857 (Rggsbl. S. 299) hieran Nichts ändern kann, da nach solchem die Begnadigung an Bedingungen geknüpft ist, deren Erfüllung von Seiten des Beklagten nicht einmal behauptet wird; —

in Erwägung, daß hiernach auch das Amtsgericht Salem fortwährend für den Beklagten als ordentlicher Richter erster Instanz zu betrachten ist, und daß derselbe insbesondere nicht die Bestimmungen des §. 554 der Pr.Ord. für sich in Anspruch nehmen kann, wonach ausnahmsweise wegen weiter Entfernung desjenigen, der schwören soll, ein urtheilsmäßiger Eid unter Umständen auch bei dem gewöhnlichen Richter seines Aufenthaltsorts, statt wie dies nach §. 552 der Pr.Ordg. die Regel bildet, bei dem Gerichte, welches auf den Eid erkannt hat, abgenommen werden darf, —

und nach Ansicht des § 168 der Pr.Ordg. wird

erkannt:

Es sei das Gesuch des Beklagten, daß ihm gestattet werde, den ihm durch das diesseitige Urtheil vom 12. April l. J. No. 940 auferlegten Eid zu

Digitized by Google

New York in Nordamerika abzuleisten, unter Verfällung deſſelben in die veranlaßten Koſten zu verwerfen.

— Eine ähnliche Entſcheidung erfolgte in einem Rechtsſtreite der Sparkaſſe Stubersheim gegen die Erben des Leopold Weill in Randegg, wegen Forderung, in welchem das großh. Amtsgericht Radolfzell auf einen Eid der Beklagten erkannt, und zu deſſen Abnahme Tagfahrt auf den 28. April 1858 anberaumt hatte. Der eine der Beklagten, Mar Weill, welcher ſich der wegen Hochverraths gegen ihn erkannten Strafe durch die Flucht entzogen hatte, ließ ein Geſuch einreichen, daß ihm theils wegen großer Entfernung, theils wegen Krankheit nach §. 554 der Pr.Ord. geſtattet werden möge, den urtheilsmäßigen Eid bei dem Civilgerichte ſeines jetzigen Wohn- und Aufenthaltsorts Brüſſel zu ſchwören, und daß dieſes Gericht um Abnahme des Eides requirirt werden möge.

Dieſem Geſuch lag ein Zeugniß d.d Brüſſel vom 18. April 1858 bei, daß der Eidespflichtige für den Augenblick unmöglich irgend welche Reiſe unternehmen könne, deſſen Ausſteller ſich mit „med. d[r]“ unterzeichnet hatte. Seine Unterſchrift war von den belgiſchen Behörden beglaubigt. Der Kläger verlangte aber, daß Mar Weill den Eid vor dem Amtsgerichte Radolfzell leiſte, und erklärte, daß ihm deſſen Krankheit und Aufenthalt in Brüſſel unbekannt ſei. Das vorgelegte Zeugniß beweiſe namentlich nicht, daß ſich Mar Weill dem Ausſteller deſſelben wirklich in Perſon präſentirt habe. Dieſer habe ſich, um einer gegen ihn erkannten Zuchthausſtrafe zu entgehen, aus ſeiner Heimath entfernt, ohne aber ſeinen Wohnſitz und ſein Bürgerrecht in Randegg aufzugeben. Der erkennende Richter ſei daher nach wie vor zugleich der gewöhnliche oder ordentliche Richter des Beklagten, und daher ſein Geſuch nach §. 554 der Pr.O. nicht begründet. Daſſelbe wurde dann auch ſowohl von dem großh. Amtsgericht Radolfzell durch Erkenntniß vom 26. Mai 1858, als auch von großh. Hofgericht des Seekreiſes durch Erkenntniß vom 24. Auguſt 1858 als unbegründet verworfen.

Hiergegen ließ Mar Weill die Oberappellation ausführen und ein neues ärztliches Zeugniß vorlegen, welches aber der beklagte Theil für unzuläſſig und ungenügend erklärte, indem er zugleich unter Bezug auf §. 1193 der Pr O. die Statthaftigkeit des Rechtsmittels beanſtandete, da der Streit nicht die Sache ſelbſt, ſondern lediglich den Gerichtsſtand berühre. Allein das großh. Oberhofgericht beſtätigte in ſeinem Erkenntniß vom 10. März 1859 die Erkenntniſſe der vorderen Inſtanzen, zu deſſen Begründung ausgeführt iſt:

Der Oberappellant iſt wegen eines gegen ihn ergangenen Strafurtheils auf flüchtigem Fuße, und ſchon deßhalb nicht in der Lage, die Gunſt des §. 554 der Pr.O. für ſich anſprechen zu können ꝛc. ꝛc.

Von einer behufs der Eidesabnahme an die königl. belgiſche Gerichtsbehörde in Brüſſel zu erlaſſenden Requiſition kann daher um ſo weniger die Rede ſein, als es gänzlich an dem Beweiſe gebricht, daß Mar Weill ſeinen bleibenden Aufenthalt in jener Stadt genommen hat, da die vorgelegten Zeugniſſe eines dortigen Arztes dieſen Beweis, wie von ſelbſt einleuchtet, nicht herzuſtellen vermögen.

Gedachte Zeugniſſe ſind eben ſo wenig geeignet, als Beſcheinigung *) dafür zu dienen, daß Mar Weill wirklich in Brüſſel krank iſt, weil vorerſt auf anderem Wege außer Zweifel geſtellt ſein müßte, daß der dort beſprochene Kranke mit Mar Weill von Randegg eine und dieſelbe Perſon ſei ꝛc. ꝛc.

— Partikulier J. A. Schelkli in Rohrbach klagte gegen Dorothea Fries geb. Weiß von Heidelberg, zur Zeit in Gotha, eine Forderung ein. Die Beklagte kehrte, während dieſer Streit bei dem Amtsgerichte Heidelberg anhängig war, nach dem Tode ihres Ehemannes in ihre Heimath nach Gotha zurück. Das Amtsgericht Heidelberg erkannte u. A. auf den der Beklagten über die von ihr beſtrittene Verbindlichkeit zugeſchobenen Haupteid. Als nach eingetretener Rechtskraft Tagfahrt zur Leiſtung dieſes Eides anberaumt wurde, beſcheinigte die Beklagte durch ärztliches Zeugniß, daß ſie in den nächſten Monaten die Reiſe nach Heidelberg wegen Krankheit nicht machen könne, und ſtellte den Antrag, ihr den Eid in Gotha abnehmen zu laſſen. Gegen dieſes Geſuch erhob jedoch der Kläger Einſprache, indem er mit Bezug auf §. 554 der Pr.O. ſich erbot, die Koſten der Reiſe der Beklagten von Gotha nach Heidelberg und zurück zu hinterlegen.

Durch amtsgerichtliches Erkenntniß vom 15. October 1859 wurde jedoch mit Bezug auf §. 552 der Pr.O. der Bitte der Beklagten um Abnahme des Eides vor dem

*) §. 641 d. Pr.O.

Digitized by Google

Richter ihres Aufenthaltsorts, dem herzogl. sächsischen Stadtgericht Gotha stattgegeben.

Das großherz. Hofgericht des Unterrheinkreises hielt aber den §. 552 hier nicht für anwendbar, eine analoge Anwendung desselben für unstatthaft, und änderte deßhalb am 7. November 1859 das amtsgerichtliche Erkenntniß dahin ab, die Beklagte sei schuldig, den urtheilsmäßigen Eid vor dem großh. Amtsgerichte zu Heidelberg zu leisten, sobald der Kläger ihre Reise- und Aufenthaltskosten bei Gericht hinterlegt habe. Gegen dieses Erkenntniß führte die Beklagte das Rechtsmittel der Oberappellation aus, und legte ein gerichtsärztliches Zeugniß vor, worin beurkundet ward, die Beklagte leide seit einem Jahre an bedeutenden Anomalien im Gefäßsystem, und nebenbei an einer höchst bedeutsamen Erregtheit im Nervensystem; sie müsse daher Alles vermeiden, was irgend störend auf Geist und Körper influiren könne, da sonst jedenfalls die Krankheit einen bedenklichen Ausgang nähme. Eine Reise nach Heidelberg dürfe die Beklagte nicht antreten, die Reise selbst und die dort unvermeidlichen Gemüthserregungen würden die nachtheiligsten Folgen für die zerrüttete Gesundheit der Beklagten und Gefahren herbeiziehen, die nie wieder gut zu machen wären, namentlich würde dadurch die Veranlassung zu intensiven psychischen Zuständen und zur vollständigen Entwicklung von Krankheiten gegeben werden, die sich jetzt vielleicht durch Kunst und Vorsorge noch abwenden lasse.

Auf gepflogene Verhandlung wurde von großh. Oberhofgerichte am 20. September 1860 zu Recht erkannt:

daß — unter Aufhebung des hofgerichtlichen Urtheils, und unter Verfällung des Klägers, Oberappellaten, in die durch diese Streitfrage entstandenen Kosten aller drei Instanzen — die beiden amtsgerichtlichen Erkenntnisse vom 15. October ꝛc. ꝛc. wieder herzustellen seien.

Entscheidungs-Gründe.

Die Beklagte findet sich durch das hofgerichtliche Erkenntniß beschwert, weil sie darnach den durch Urtheil des Amtsgerichts Heidelberg vom 22. März 1859 ihr auferlegten Eid vor diesem Amtsgerichte ausschwören soll, anstatt vor dem Gerichte ihres dermaligen Aufenthaltsortes (Gotha), wie sie unter Berufung auf ihre durch ärztliche Zeugnisse nachgewiesene leidende Gesundheit verlangte. Die Beschwerde ist begründet.

Wenn auch weder der §. 554, noch der §. 552 der Pr.O. wörtlich auf diesen Fall paßt, so ergibt sich doch aus dem Zusammenhalt beider §§. und nach Geist und Absicht des Gesetzes die Entscheidung ungezwungen zu Gunsten des Begehrens der Beklagten.

Schon der §. 554 spricht insofern unverkennbar dafür, als er den Grundsatz aufstellt, daß die mehr als 12 Stunden betragende Entfernung der schwurpflichtigen Partei vom Sitze des Prozeßgerichts, beziehungsweise der mit der Eidleistung am Letztern verknüpfte Kostenaufwand ein genügender Grund sein soll, derselben auf ihr Verlangen zu gestatten, daß sie den Eid bei ihrem gewöhnlichen Richter ableiste, welcher hier unzweifelhaft das Gericht erster Instanz zu Gotha ist. Dadurch, daß im Gesetze beigefügt wird, die Gegenpartei könne dies dadurch verhindern, daß sie dem Gegner die Kosten der Leistung des Eides vor dem Prozeßgerichte vorschieße, — und es sei, wenn sie dies nicht thue, zur Einleitung der Eidesabnahme durch den ordentlichen Richter des Schwurpflichtigen zu schreiten, ist einestheils die Entscheidung darüber lediglich zu einer Kostenfrage gemacht, anderntheils aber wird die Beseitigung des Hinderungsgrundes durch den Kostenvorschuß der Gegenpartei nothwendig davon abhängig gemacht, daß die schwurpflichtige Partei die zur Eidesleistung vor dem Prozeßgericht nöthige Reise unternehmen könne. Ist dies aber wegen Krankheit derselben unmöglich, so muß es bei dem Grundsatze sein Bewenden behalten, daß bei einer über 12 Stunden gehenden Entfernung das ordentliche Gericht des Schwurpflichtigen an die Stelle des Prozeßgerichts tritt. Es wäre offenbar widersinnig, zu unterstellen, der Gesetzgeber habe der Kostenhinterlegung auch dann, wenn sie ganz zwecklos erscheint, dieselbe Wirkung beilegen wollen, wie in dem Falle, wo sie einen vernünftigen Zweck hat, nämlich das Hinderniß der Eidesleistung vor dem Prozeßrichter durch die Benützung des Vorschusses beseitigt werden kann. Ebensowenig kann aber auch unterstellt werden, daß der Gesetzgeber das, was er auf den Grund eines meistens unbedeutenden Kostenaufwands gewährt, bei dem weit größeren Interesse der Gesundheit habe versagen wollen.

Hiezu kommt nun aber noch, daß das Prozeßgesetz im §. 552 ausdrücklich und ganz allgemein die „Krankheit oder Gebrechlichkeit dessen, der schwören soll" als einen Grund, von der Regel der Eidesleistung vor Gericht abzugehen, anerkennt. Das Gesetz spricht hier nicht blos vom Prozeßgericht, sondern

Digitized by Google

vom Gericht überhaupt, im Gegensatze zur Wohnung des (kranken) Schwurpflichtigen, weßhalb es auch keinen Zweifel leidet, daß diese Bestimmung ebensowohl auf die entferntere Partei, die sich im Falle des §. 554 befindet, als auf die im Bezirk des Prozeßgerichts wohnende Partei sich bezieht. Ist dies aber richtig, so hat die Beklagte, indem sie nur um Gestattung der Eidesleistung vor ihrem Gerichte zu Gotha nachsuchte, die Nachsicht und Abweichung von der Regel in einem geringeren Maaße beansprucht, als sie zufolge des §. 552 zu thun befugt gewesen wäre, oder falls es bis zur Eidestagfahrt etwa nothwendig werden sollte, noch begehren kann. Hierin liegt aber nicht, wie das großh. Hofgericht meint, eine unstatthafte analoge Anwendung oder ausdehnende Auslegung eines Ausnahmsgesetzes, sondern nur eine, der Absicht des Gesetzes vollkommen entsprechende logische Auslegung und Anwendung desselben, welche hier um so mehr gerechtfertigt erscheint, als der Kläger gar kein Interesse nambaft machen konnte, welches durch die Gestattung des Begehrens der Beklagten verletzt würde.

Diese Auslegung des Gesetzes entspricht auch vollkommen dem gemeinen deutschen Prozeßrechte, welches der Prozeß-Ordnung zu Grunde liegt,

— l. 12. §. 4 und 5. C. de reb. cred. (4. 1.)
Nov. 124. c. 1. —

und der seitherigen Anwendung desselben;

vergl. Seuffert, oberstrichterl. Entscheidungen Bd. IV, No. 268. VI. 85. IX. 108. X. 102. XII. 319. —

Ueberall wird hier das vernünftige, durch die Rücksichten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit geleitete richterliche Ermessen als maßgebend erkannt.

Kläger macht zwar auch noch geltend, daß die Eidesleistung der Beklagten von seinem Antrag abhänge, und er bis zur Wiederherstellung der Gesundheit der Beklagten zuwarten wolle. Allein jene Behauptung ist nach §. 552 der Pr.O. unrichtig, und auch die schwurpflichtige Partei ist berechtigt, auf Beendigung des Rechtsstreits, woran sie ein mehrfältiges Interesse wegen Kostenersatzes ꝛc. ꝛc. haben kann, zu dringen. Dabei versteht es sich von selbst, daß, wenn etwa inzwischen der fragliche Hinderungsgrund aufgehört haben sollte, die Beklagte gegen vorschußweise Zustellung der Kosten den Eid vor dem Amtsgerichte Heidelberg abzuleisten hätte."

3. Findet das Rechtsmittel der Beschwerdeführung oder der Appellation, beziehungsweise Oberappellation, gegen die Verfügung statt, wodurch dem Verlangen dessen, der einen Eid zu schwören hat, entsprochen wird, ihm diesen Eid wegen unverhältnißmäßiger Entfernung durch das Gericht seines Aufenthaltsorts abnehmen zu lassen, oder findet das Rechtsmittel der Berufung erst statt gegen das Purifikationserkenntniß, welches auf die auswärtige Eidesleistung ergeht?

In den bisher besprochenen Fällen wurde angenommen, daß über die Frage, ob der Eidespflichtige den Eid in seinem Aufenthaltsorte leisten dürfe ꝛc. ꝛc.

Pr.O. §. 554,

nach §§. 352. 353 der Pr.O. ein ordentliches Rechtsmittel stattfinde, da die Beschwerde nach dem Purifikationserkenntniß nicht wohl gehoben werden könnte, oder ein Rechtsmittel gegen Letzteres zugestanden werden müßte, was aber dem §. 561 der Pr.O. widerspräche.

Dagegen wurde in dem folgenden Falle das Rechtsmittel der Beschwerdeführung gegen die Entscheidung, daß der Eid am Gerichte des Aufenthaltsorts abgenommen werden dürfe, nicht zugelassen, wohl aber das Rechtsmittel der Oberberufung gegen das Purifikationserkenntniß.

In dem Rechtsstreit, welchen Fidel Reich in Allmendshofen für Joseph Au gegen Alois Maier als Vormund der Erneſtine Held von da, wegen einer Forderung führte, war von großh. Hofgericht des Seekreises am 2. Juni 1854 erkannt worden: der Kläger Joseph Au hat zu schwören:

„Es ist wahr, daß Johann Friedrich Held die mir der Klage vorgelegten Urkunden vom 24. und 25. Oktober 1848 unterzeichnet hat."

Der Kläger Au, welcher sich in Nordamerika aufhält, stellte sofort den Antrag, den Eid vor dem Friedensgericht in Kalamazoo, als dem Gerichte seines gegenwärtigen Wohnsitzes, leisten zu dürfen, und berief sich zur Begründung seines Antrags auf die unverhältnißmäßig große Entfernung seines Aufenthaltsorts von Donaueschingen, wo von dem Amte in I. Instanz erkannt worden war.

Die Beklagte hatte hiergegen eingewendet, der Kläger habe seinen Wohnsitz noch in Allmendhofen, wenn er sich auch, um sich dem Vollzug einer wegen Hochverraths gegen ihn erkannten Strafe zu entziehen, entfernt habe, und hatte die Zuständigkeit des Friedensrichters in Kalamazoo zur Eidesabnahme in Zweifel gezogen. Das großh. Hofgericht des Seekreises verwarf mit Beschluß vom 10. Februar 1855 den klägerischen Antrag für den

Digitized by Google

Fall, daß die Beklagte die auf 400 fl. festgesetzten Reisekosten hinterlege, was sofort geschah. Nun bat Kläger, ihn, da er nach vorgelegtem ärztlichen Zeugniß an Gelenkrheumatismus leide, also wegen Krankheit in Kalamazoo schwören zu lassen. Auch dieser Antrag wurde von der Beklagten bestritten, und von großh. Hofgericht am 28. Juli 1855 wegen Mangels an genügendem Beweis des behaupteten, aber der Beglaubigung ermangelnden, Abhaltungsgrunds verworfen.

Kläger legte nun das Zeugniß, durch das badische Konsulat beglaubigt, wieder vor, und wiederholte seinen Antrag, welcher wegen Unglaubwürdigkeit und Unerheblichkeit des Zeugnisses am 25. Januar 1856 abermals verworfen wurde.

Kläger wiederholte im August 1856 denselben Antrag, weil er nach dem vorgelegten neuen Zeugnisse an einem Leistenbruche leide. Nun wurde ihm durch hofgerichtlichen Beschluß vom 7. März 1857 ungeachtet der Einwendungen der Beklagten;

„in Erwägung, daß der schwurpflichtige Kläger durch gehörig beglaubigte ärztliche Zeugnisse nachgewiesen hat, daß er wegen Gebrechlichkeit nicht im Stande ist, eine Reise von Kalamazoo (Staat Michigan) nach Donaueschingen, dem mit der Eidesabnahme beauftragten Gerichte, zu unternehmen;

in Erwägung, daß für diesen Fall nach §. 552 der Pr.O. die Eidesleistung in der Wohnung des Schwurpflichtigen stattfinden muß;

in Erwägung, daß der Kläger zwar, wie bekannt, wegen Hochverraths zu einer mehrjährigen Zuchthausstrafe verurtheilt wurde, und sich dem Strafvollzuge durch die Flucht entzogen hat; daß jedoch dieser Umstand, wenn auch die Anwendbarkeit der Pr.O. §. 554 ausschließend, doch nicht gegen die Anwendbarkeit des §. 552 der Pr O. geltend gemacht werden kann, indem Krankheit und Gebrechlichkeit auch beim flüchtigen Verbrecher als höhere Gewalt gilt, welcher der §. 552 der Pr.O. im Allgemeinen und ohne zu unterscheiden, als einer faktischen Unmöglichkeit Rechnung trägt, und auch der flüchtige Verbrecher, wie man zu seinem Nachtheile die Strafgesetze gegen ihn angewendet hat, da, wo es sich um seinen Vortheil handelt, nicht rechtlos, sondern vermöge des Grundsatzes der Gleichheit Aller vor dem Gesetze vielmehr berechtigt ist, zu verlangen, daß auch die Civil- und Prozeßgesetze in jenen Angelegenheiten in Anwendung gebracht werden", gestattet, den urtheilsmäßigen Eid vor dem Gerichte seines jetzigen Aufenthalts Kalamazoo im Staate Michigan abzulegen.

Gegen diese Verfügung führte der Beklagte das Rechtsmittel der Beschwerdeführung aus.

Das großh. Oberhofgericht erkannte aber am 8 Mai 1857, daß die Beschwerdeführung gegen Erkenntnisse über die Frage, ob einer Partei zu gestatten sei, einen urtheilsmäßigen Eid vor dem Gerichte ihres Aufenthaltsorts zu leisten, nach §. 1199 der Pr.O. nicht stattfinde.

Nun erließ das großh. Hofgericht des Seekreises am 8. Mai 1858 folgendes Ersuchschreiben an das Friedensgericht des County Kalamazoo im Staate Michigan:

In Sachen des Fidel Reich von Allmendshofen als Bevollmächtigten des Joseph Au von da, gegen Alois Maier von da, als Vormund der Ernestine Held daselbst, Forderung betreffend, ersuchen wir Sie, dem bei L. Brentano, Dry Prairie Kalamazoo, sich aufhaltenden Kläger, Joseph Au von Allmendshofen, folgenden, ihm durch das diesseitige Urtheil vom 2. Juni 1854 No. 4864 II. Senat auferlegten Eid:

„Es ist wahr, daß Johann Friedrich Held die „mit der Klage vorgelegten Urkunden vom 24. und „25. Oktober 1848 unterzeichnet hat,"

wenn sich Joseph Au zur Ausschwörung desselben bereit erklärt, abnehmen, und uns das hierüber aufgenommene Protokoll durch Vermittlung des großh. badischen Konsuls in New-York zusenden zu wollen.

Die beiden bezeichneten Urkunden sind zur Vorzeigung an Joseph Au hier angeschlossen, und wir ersuchen Sie, uns dieselben mit dem Eidesprotokoll wieder zurückzusenden.

Hochachtungsvoll ꝛc. ꝛc.

Dieses Schreiben wurde von Lorenz Brentano in Kalamazoo übersetzt, welcher der Uebersetzung die Beurkundung beifügte:

Staat Michigan, Grafschaft Kalamazoo.

„Ich bezeuge hierdurch, daß das Voranstehende eine getreue und wörtliche Uebersetzung des von dem großh. bad. Hofgericht des Seekreises vom 8. Mai 1858 an das Friedensgericht für die Grafschaft Kalamazoo gerichteten Schreibens sei, wie solches auf der anderen Seite enthalten ist."

Kalamazoo den 10. August 1858.

(L. S.) Lorenz Brentano, öffentlicher Notar in und für die Grafschaft Kalamazoo."

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badiſchen Gerichte.

1861. **Band XXVII.** **No. 13.**

(Schluß von Art. 33.)

Hierauf fand die Eidesabnahme ſtatt; das hierüber aufgenommene Protokoll lautete in der Ueberſetzung:

Staat Michigan, Grafſchaft Kalamazoo.

„Am 13. Auguſt des Jahres 1858 erſchien perſönlich vor mir, Fletſcher Ranſon, Friedensrichter in und für die Grafſchaft Kalamazoo, Joſeph Au, und legte mir vor einen Erlaß des großh. bad. Hofgerichts des Seekreiſes in Deutſchland, d. d. Konſtanz den 8. Mai 1858, und zugleich eine genau beglaubigte Ueberſetzung deſſelben mit dem Erſuchen an das Friedensgericht in der Grafſchaft Kalamazoo, dem beſagten Joſeph Au einen Eid abzunehmen, welchen derſelbe in Folge eines Beſchluſſes vorerwähnten Appellationsgerichtshofs d. d. 2. Juni 1854 in einer dort anhängigen Prozeßſache zwiſchen Fidel Reich von Allmendshofen als Bevollmächtigter des Joſeph Au, Klägers, Appellaten gegen Alois Maier von da, als Vormund der Erneſtine Held, Beklagten, Appellanten, Forderung betreffend, zu leiſten habe.

In Gemäßheit dieſer Aufforderung zeigte ich dem Joſeph Au die beiden Urkunden in der Prozeßſache, d. d. 24. und 25. Oktober 1848, und auf ſeine Erklärung, daß er dieſelben ſelbſt geleſen habe und bereit ſei, den ihm auferlegten Eid zu ſchwören, nahm ich ihm ſolchen in folgender Formel ab:

„Ich ſchwöre feierlich, daß es wahr iſt, daß Johann Friedrich Held die Urkunden vom 24. und 25. Oktober 1848, welche vor Gericht mit der Klage vorgelegt wurden, unterzeichnet hat, — ſo wahr mir Gott helfe!

Joſeph Au.

Unterſchrieben und geſchworen vor mir den 13. Auguſt 1858.

Fletſcher Ranſon,
Friedensrichter."

Staat Michigan, Grafſchaft Kalamazoo.

Ich Amon d'Allen, Gerichtſchreiber der Grafſchaft Kalamazoo im Staat Michigan beſtätige hiemit, daß Fletſcher Ranſon zur Zeit der Abnahme des auferlegten Eides als Friedensrichter in und für die Grafſchaft gehörig qualificirt und vollkommen zu dieſer Handlung ermächtigt war, und daß Lorenz Brentano als öffentlicher Notar in und für die Grafſchaft gehörig qualificirt und zu dieſer Handlung vollkommen ermächtigt war. Und ich beſtätige ferner, daß mir die Unterſchrift des beſagten Ranſon und Brentano bekannt iſt, und daß die Unterſchrift und die Beglaubigung vollen Glauben verdiene.

Urkundlich meiner eigenhändigen Unterſchrift und des beigedruckten Siegels des Bezirksgerichts der beſagten Grafſchaft Kalamazoo, den 17. Auguſt 1858.

(L. S.) Amon d'Allen, Gerichtsſchreiber.

Trotz der von Seiten der Beklagten erhobenen Anſtände erging hierauf:

In Erwägung, daß die vor dem Friedensrichter zu Kalamazoo geſchehene Eidesleiſtung deßhalb beanſtandet wird, weil ſich nicht ergebe,

a) daß derſelbe der competente Richter des Aufenthaltsorts des Klägers (Kalamazoo im Staate Michigan) ſei; — und

b) daß bei Abnahme des Eides die geſetzlichen Vorſchriften und Formen beobachtet wurden, welche nach dortigen Geſetzen erforderlich ſeien;

in Erwägung, daß jedoch — was den erſten Punkt betrifft — ſchon in der Erklärung des klägeriſchen Anwalts vom 29. September 1854 behauptet wurde, daß jenes Friedensgericht der Richter des jetzigen Wohnortes des Klägers ſei, welcher in Civilſtreitigkeiten Eide abzunehmen habe; — daß dem dieſſeitigen Erkenntniß vom 25. Januar 1856, und dem dieſſeitigen Erſuchſchreiben vom 8. Mai 1858 die nämliche Vorausſetzung zu Grunde liegt; — daß dagegen gleichwohl von beklagter Seite niemals eine Einſprache erfolgt iſt, und auch jetzt nicht behauptet werden kann, daß das fragliche Friedensgericht nicht der ordentliche Richter des Klägers ſei; — daß vielmehr aus der Entſprechung der dieſſeitigen Requiſition von Seite jenes Gerichts, und aus der Thatſache der Beurkundung der verſchiedenen amerikaniſchen Behörden, ſo wie des großh. bad. Conſuls in Cincinati hervorgeht, daß das fragliche Friedensgericht zur Vornahme der erbetenen Beeidigung berechtigt war; —

Digitized by Google

in Erwägung, daß — den zweiten Punkt anbelangend — dafür, daß bei der Vornahme der Beeidigung die am Orte der Eidesleistung vorgeschriebenen Formen eingehalten wurden, die Vermuthung spricht, indem man im Allgemeinen annehmen muß, daß eine öffentliche Behörde bei Ausübung ihres öffentlichen Amtes nach Vorschrift der Gesetze verfahren werde, und daß insbesondere nach den in Kalamazoo bestehenden Vorschriften die Benachrichtigung des Gegentheils von der Eidestagfahrt, weil sie vom dortigen Friedensgericht unterlassen wurde, auch nicht zu den wesentlich nothwendigen Formen gehöre, —

ein Purificationserkenntniß des großh. Hofgerichts des Seekreises vom 2. April 1859 besagend:

„Wird die Eidesleistung, wie sie geschehen, für giltig erachtet, und daher das Urtheil vom 2. Juni 1854 No. 4864 dahin bereinigt:

Die Urkunden vom 24. und 25. Oktober 1848 werden für ächt erklärt und der beklagte Theil für schuldig erkannt, den aus der Gantmasse der Johann Friedrich Held'schen Eheleute in Empfang genommenen Vermögensrest im Betrage von 516 fl. 39 kr. dem Kläger innerhalb vier Wochen bei Zwangsvermeidung zu bezahlen, und die Kosten beider Instanzen zu tragen."

Hiergegen führte der beklagte Theil die Oberberufung aus, worauf vom großh. Oberhofgerichte am 19. November 1859 erkannt wurde, das hofgerichtliche Urtheil sei aufzuheben, unter Verfällung des klagenden Theils in die Kosten des Rechtszugs.

Entscheidungs-Gründe.

Nach der Oberappellationsbeschwerdeschrift hat der Beklagte das von dem großh. Hofgericht am 2. April l. J. erlassene Purificationserkenntniß deßhalb angefochten,

1) weil der dem Kläger durch das hofgerichtliche Urtheil vom 2 Juni 1854 auferlegte Eid nicht als von demselben verweigert angesehen, eventuell,

2) weil der Kläger zur Ausschwörung des Eides vor dem Friedensrichter von Kalamazoo zugelassen, und der daselbst von ihm ausgeschworene Eid als rechtsgiltig geleistet, betrachtet wurde.

Hiernach muß trotz der Vorschrift des §. 561 Abs. 2 der Pr.O. die Berufung gegen den hofgerichtlichen Bereinigungsbescheid für statthaft erachtet werden, weil sie nicht gegen die Bestimmungen des Urtheils, wodurch auf den Eid erkannt ist, sondern gegen das Verfahren nach ergangenem Urtheil gerichtet, und darauf gestützt wird, daß nach Maaßgabe des Urtheils das Purifikationserkenntniß so, wie geschehen, gar nicht hätte erlassen werden sollen.

Die erste Beschwerde des Beklagten erscheint jedoch unbegründet, denn der Kläger war zu den von dem Amtsgerichte Donaueschingen zur Eidesleistung anberaumten Tagfahrten gar nicht ordnungsmäßig vorgeladen worden. Die Ladungsverfügungen wurden jeweils nur seinem Bevollmächtigten Reich zugestellt, dieser besaß aber keine Vollmacht für den Empfang derjenigen Einhändigungen, welche nach dem Gesetze der Partei selbst, oder in dem wirklichen Wohnsitze derselben geschehen sollen. Da der Kläger wegen Hochverraths landesflüchtig ist, und ein Einhändigungsgewalthaber von ihm nicht aufgestellt wurde, so hätte er nach Ansicht der §§. 258. Ziff. 3, 264 und 270 der Pr.O. zu der Eidestagfahrt öffentlich vorgeladen werden sollen*). So lange aber die Ladung nicht vorschriftsmäßig erfolgte, kann auch nach den §§. 607 und 611 der Pr.O. auf das Ausbleiben des Klägers in der Eidestagfahrt der Rechtsnachtheil der Eidesverweigerung nicht ausgesprochen werden.

Dagegen wird die weitere eventuelle Beschwerde des Beklagten für begründet erachtet.

Wie bereits erwähnt, ist der Kläger wegen Hochverraths landesflüchtig. Seine Abwesenheit ist daher eine unerlaubte, und er kann deßhalb aus seiner Entfernung von Hause durchaus kein Recht für sich ableiten.

Nach den Vorschriften unserer Prozeßordnung gilt aber als Regel, daß jeder urtheilsmäßige Eid in dem Gerichtssitze selbst, und zwar bei demjenigen Gerichte abzuleisten ist, welches auf den Eid erkannt hat. Nur ausnahmsweise wird nach §. 554 der Pr.O. wegen weiter Entfernung dessen, der schwören soll, auch die Eidesleistung bei einem andern Gerichte und nach §. 552 der Pr.O. wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit selbst die Ausschwörung in der Wohnung desselben zugelassen.

Der Kläger hatte nun zwar seinen Antrag, daß ihm der Eid an seinem dermaligen Aufenthaltsorte Kalamazoo abgenommen werde, auf seine angebliche Krankheit und beziehungsweise Gebrechlichkeit gegründet. Allein ganz abgesehen davon, ob solche durch das vorgelegte Zeugniß des amerikanischen Arztes als hinlänglich nachgewiesen angenommen werden könnte, so ist klar, daß dieselbe auf

*) Dies wurde auch in S. Stubersheim gg. Weil in den Gründen zum oberhofg. Urtheil vom 10. März 1856 ausgesprochen. Magazin für bad. Rechtspflege Bd. 4, S. 461. 462, Ziff. 10.

keinen Fall die alleinige und ausschließliche Ursache war, welche ihn am Erscheinen vor dem diesseitigen Gerichte behufs der Ausschwörung des Eides hinderte. Wäre er im Inlande anwesend gewesen, so hätte er trotz der bezeugten Gebrechlichkeit unzweifelhaft auch am Sitze des hiesigen Gerichts, wo er den Eid leisten sollte, erscheinen können, wie er denn auch in Kalamazoo sich zu dem dortigen Friedensrichter begeben, und daselbst den Eid ausgeschworen hat. Der hauptsächlichste Hinderungsgrund lag immerhin in seiner Landesflüchtigkeit, also in einer unerlaubten Handlung, aus welcher er ein Recht für sich nicht ableiten kann. Die Verfügung, wodurch er zur Ausschwörung des Eides in Kalamazoo zugelassen wurde, war daher nicht gerechtfertigt, und da solche sich offenbar als eine prozeßleitende darstellt, so erscheint die dagegen gerichtete Beschwerde nach Ansicht der §§. 352 und 1128 Ziff. 2 der Pr.O. auch jetzt noch zulässig.

Es ist daher eine Prüfung der weitern Fragen nicht erforderlich, ob der Friedensrichter von Kalamazoo nach den Gesetzen des Staats Michigan zur Abnahme von urtheilsmäßigen Eiden, auf welche ein Gerichtshof erkannt hat, zuständig ist, und ob der Eid dem Kläger auch mit Beobachtung der daselbst geltenden gesetzlichen Bestimmungen abgenommen wurde, sondern es muß der lediglich auf der Eidesleistung in Kalamazoo beruhende Vereinigungsbescheid schon deshalb wieder aufgehoben werden, weil der Kläger zu der Eidesleistung daselbst gar nicht hätte zugelassen werden sollen. Stf.

34.

Vermögensabsonderung.

I.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises (II. Civ. Sen.) hat sich in den Entscheidungsgründen zu seinem Beweis-Erkenntniß vom 14. September 1859 in Sachen Graf gegen Cramer, Einsprache gegen eine Vollstreckung betreffend, über die Frage:

wann wann die im L.R.S. 1444 bezeichnete Frist von 14 Tagen laufe,

dahin ausgesprochen:

„Diese Frage ist nicht aus dem Landrechte, sondern aus der Prozeßordnung zu beantworten, und diese schreibt vor, daß der Vollzug eines Urtheils erst nach eingetretener Rechtskraft nachgesucht werden darf. §§. 909. 910 der Pr.O. Die Rechtskraft des Urtheils nimmt, wenn keine Appellationsanzeige erfolgt, ihren Anfang vom Ablauf der zur Anmeldung der Appellation gesetzlich bestimmten Frist, und die Anmeldungsfrist ist von der Verkündung des Urtheils — an die unterliegende Partei, welche allein in der Lage ist, ein Rechtsmittel zu ergreifen, so mit bei einem Urtheil, welches die von einer Ehefrau begehrte Vermögensabsonderung zuläßt, von der Verkündung des Urtheils an den beklagten Ehemann an zu berechnen. §. 350. 1144 der Pr.O."

Diese Frage kam auch bei der Berathung des Urtheils in Sachen Weber gegen Frank, Forderung betreffend, am 18. November dss. J. im III. Civ-Sen. des genannten Gerichtshofs zur Sprache, und es wurde dabei obige Ansicht einstimmig als die richtige anerkannt; sie blieb jedoch in den Gründen zu dem erlassenen Urtheil unerörtert, weil es nicht erforderlich war, die Gültigkeit des in den Verhandlungen erwähnten Vermögensabsonderungsverfahrens zu prüfen. — Der auf Gestattung der Vermögensabsonderung belangte Ehemann hatte gegen das ihn verurtheilende Erkenntniß des Amtsgerichts die Berufung angezeigt, jedoch nicht ausgeführt, sie war deßhalb für verfallen erklärt worden, die Rechtskraft folgeweise dann aber erst mit Umlauf der Wiederherstellungsfrist des §. 1156 der Pr.O. eingetreten, §. 350 der Pr.O., so daß die Frist des L.R.S. 1444 auch nur von da an hätte gerechnet werden können. —

Man vergleiche hierüber:

Magazin für R.Pfl. und Verw. III. S. 151 ff.
Annalen XVII. S. 446.

II.

Ueber die weitere Frage:

Was die Ehefrau, welche ein Urtheil auf Vermögensabsonderung erwirkt hat, zu thun habe, um die Gültigkeit des Verfahrens in Bezug auf rechtzeitigen Vollzug zu wahren,

führen die Entscheidungsgründe zu dem unter I. erwähnten Beweiserkenntniß in Sachen Graf gegen Cramer aus:

„Die Einsprachsklägerin hat den Vollzug des Urtheils rechtzeitig bei dem Gerichte beantragt, und dadurch Alles gethan, was ihr lag. Sie hat nämlich sogleich bei der Verkündung des Urtheils am 5. Oktober 1852 die Bitte gestellt, „die Akten s. Z. an das Amtsrevisorat abzusenden", ja

welcher Bitte nur der Antrag gefunden werden kann, nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils das Amtsreviſorat mit dem Vollzug deſſelben zu beauftragen, und ſie hat dieſen Antrag am 19. Oktober jenes Jahres wiederholt. Da ſie das Amtsreviſorat oder den Notar bei den beſtehenden organiſchen Einrichtungen nicht unmittelbar wegen des Vollzugsverfahrens angehen konnte, mußte ſie ſich mit ihrem Antrag an das Gericht wenden. Wenn dieſes nicht rechtzeitig das Amtsreviſorat und letzteres erſt nach längerer Friſt den Notar mit dem Vollzug beauftragt hat, oder wenn der Notar in Fertigung des Geſchäftes ſäumig war, ſo können dieſe Verzögerungen der Einſprachsklägerin nicht zur Laſt fallen; ſie hat durch den bei dem Gericht wiederholt geſtellten Antrag ihren ernſtlichen Willen zu erkennen gegeben, daß ſie das gegen ihren Ehemann erwirkte Urtheil vollzogen wiſſen will, und dadurch der Vorſchrift des Geſetzes Genüge geleiſtet. In ihrer Macht lag es nicht, die Beamten, welche zu dem Vollzug des Urtheils mitzuwirken hatten, zur ungeſäumten Erfüllung ihrer Pflichten zu zwingen." —

Auch in dieſer Frage ſprach ſich der III. Civ.Sen. bei Gelegenheit der Berathung des unter I. erwähnten Urtheils in Sachen Weber gegen Frank für dieſelbe Anſicht aus. —

Man vergl. Magazin für Rechtspflege und Verwaltung III. S. 151 ff. —

Stäbel, Druckbogen über das Güterrecht der Ehegatten, S. 32. III. Ziff. 2.

Zachariä, §. 516, Note 22, Bd. 3, S. 236.

III.

In dem unter I. am Ende erwähnten Rechtsſtreite, in Sachen Weber gegen Frank, forderten Gläubiger des B. Ziegler von Schillingſtadt, deren Forderungen jedoch erſt in den Jahren 1856 — 1859 entſtanden waren, ihre Bezahlung auf Grund des L.R.S. 1521 a. an die Erbin der Ehefrau des B. Ziegler, welche mit dieſem ſ. Z. in Errungenſchaftsgemeinſchaft gelebt hatte, und ſetzten der Einrede, daß die Gemeinſchaft durch die auf Antrag der Ehefrau Ziegler im Jahre 1842 rechtskräftig erkannte, und zu Anfang des Jahres 1843 vollzogene Vermögensabſonderung aufgelöſt worden ſei, den Einwand entgegen, daß das Vollzugsverfahren nicht rechtzeitig (L.R.S. 1444) vorgenommen, und deßhalb ungültig ſei. Das Hofgericht des Unterrheinkreiſes, III. Civ.Sen. beſtätigte jedoch die von dem Unterrichter erkannte Abweiſung der Klage, weil es annahm, daß den Klägern dieſer Einwand nicht zuſtehe.

Die Entſcheidungsgründe zu dem Urtheil vom 10. November d. J. führen hierüber aus:

„Die Gläubiger eines Ehemannes haben das Recht, die ſie beeinträchtigende Vermögensabſonderung anzugreifen, lediglich nach Maaßgabe des L.R.S. 1447, mögen ſie nun den Anfechtungsgrund in einem formellen Mangel des Abſonderungsverfahrens oder darin ſuchen, daß daſſelbe zum Abbruch ihrer Rechte, dieſen Ausdruck im Sinne des L.R.S. 1167 genommen, vorgenommen wurde. Dieſe in allen Fällen für die Gläubiger maaßgebende Geſetzesſtelle hat aber nur diejenigen Gläubiger im Auge, deren Anſprüche zur Zeit der Vermögensabſonderung ſchon beſtanden, denn nur ſolchen Gläubigern konnte alternativ neben dem Rechte, eine bereits vollzogene Abſonderung anzufechten, auch das eingeräumt werden, in dem Verfahren ſelbſt als Beikläger aufzutreten und demſelben zu widerſprechen."

Hierbei iſt übrigens zu erwähnen, daß das Collegium nur bezüglich des letzten Satzes einſtimmig war; dagegen wurde die Anwendbarkeit des L.R.S. 1447 auf den vorliegenden Fall von einem Stimmführer beſtritten, es wurde nämlich von demſelben ausgeführt:

Der L.R.S. 1447 ſpreche nur von dem Rechte der Gläubiger, die Vermögensabſonderung deßhalb anzufechten, weil ſie ihre Rechte benachtheilige, er ſei analog dem L.R.S. 1167 und ſetze, wie dieſer, ein rechtsbeſtändig gewordenes oder wenigſtens der Rechtsbeſtändigkeit fähiges Geſchäft voraus; dagegen berühre er den Fall nicht, wenn die abſolute Nichtigkeit der Abſonderung behauptet werde; dieſe Nichtigkeit, d. h. die Thatſache, daß ein Rechtsgeſchäft keinerlei rechtliche Folgen äußern, daß es ſeines faktiſchen Beſtands ungeachtet, rechtlich als nicht vorhanden angeſehen werden müſſe, könne von Jedermann in jeder Form, und nicht blos durch eine Anfechtungsklage, geltend gemacht werden. Dieſer letztere Fall liege aber hier vor, denn die Kläger hätten einen Mangel des Abſonderungsverfahrens angeführt, welcher daſſelbe, wenn er vorhanden wäre, als abſolut nichtig erſcheinen laſſe. —

Anmerkungen.

1. Der L.R.S. 1447 enthält keine dem L.R.S 1167 gleiche, ſondern nur eine ihm analoge Beſtimmung. Der

Digitized by Google

Code Napoleon ſpricht zwar in beiden Art. ganz gleichmäßig davon, daß Gläubiger diejenigen Rechtsgeſchäfte (Vermögensabſonderungen) anfechten können, welche „en fraude de leurs droits“ ſtattgefunden haben; gleichwohl haben ſchon franzöſiſche Rechtslehrer die Anſicht feſtgehalten, daß der Gläubiger wohl im Falle der Anfechtung eines Geſchäfts nach Art. 1167, nicht aber auch dann eine Gefährde nachzuweiſen habe, wenn er eine Vermögensabſonderung auf Grund des Art. 1447 angreife.

Man vergl. Zachariä, fr. C.R. (5. Aufl.) II. §. 313 Ziff. 4, und III. §. 516 Note 7.

Laukhard, Rechtsfälle VII. S. 41.

S. dagegen Marcadé ꝛc. zu Art. 1447. III. Bd. V. S. 578.

Dieſe Verſchiedenheit iſt in den L.R.S. 1167 und 1447 durch die Ueberſetzung des Originals ſichergeſtellt.

Man vergl. Oberhofg. Jahrb. N. F. XII. S. 315. 317. XIII. S. 116. 121.

Annalen XVI. S. 322. XVII. S. 461. XVIII. S. 225. XXI. S. 356. XXV. S. 54. —

Brauer, Erläut. III. S. 361.

2. Ueber die beſtrittene Frage, ob aus Nichtbeobachtung der Vorſchriften des L.R.S. 1444 eine abſolute, alſo eine ſolche Nichtigkeit entſtehe, welche von jeder bei der Frage über die Rechtsbeſtändigkeit der Abſonderung betheiligten Perſon, geltend gemacht werden könne, — oder nicht; vergl. man

Zachariä, (5 Aufl.) III. §. 516 vor Note 28 und dieſe Note.

Gilbert, Codes annotés, zu Art. 1444. No. 32 ff.

Troplong, du contrat de mariage zu Art. 1444 No. 1367 ff. (Brüſſeler Ausg.) I. S. 397 ff.

Rodière et Pont du contrat de mariage (Paris) II. No. 850. —

Oberhofg. Jahrb. N. F. XIII. S. 113.

Annalen XVII. S. 447 ff. Beh.

35.

Derjenige, welcher ſich zu eigennützigen Zwecken eine ächte Privaturkunde mit unwahrem Inhalt fertigen läßt, und ſie gebraucht, macht ſich dadurch nicht einer Fälſchung ſchuldig.

Der Wittwer Philipp Oberſt von Mingolsheim, welcher die Brauerei des zur Ausübung dieſes Gewerbs nicht befähigten Ritterwirths Franz Reiß daſelbſt auf ſeinen Namen, aber für Rechnung des Reiß betreibt, hatte verſchiedene Verſuche gemacht, die Erlaubniß zur Wiederverehelichung mit Barbara Rai von Knielingen zu erhalten, dieſe waren aber ſtets an der Weigerung des Gemeinderaths von Mingolsheim geſcheitert, welcher die Gemeindekaſſe durch dieſes Vorhaben des unvermöglichen, mit mehreren Zahlungen an jene im Rückſtand befindlichen Oberſt, für deſſen Kinder ſie auch Erziehungskoſten beſtritt, für gefährdet hielt.

Bei einer Erneuerung ſeines Geſuchs, auf welches einzugehen, der Gemeinderath abermals ſich weigerte, wandte ſich Oberſt an das Bezirksamt und legte ſeiner Eingabe mehrere Papiere bei, womit er die Zulänglichkeit ſeines Vermögens darzuthun beabſichtigte. Unter dieſen Papieren befand ſich eine Urkunde vom 12. Oktober 1859, worin Jakob Bahlinger aus Dörtingen im Königreich Würtemberg durch ſeine, vom Schultheiſenamte beglaubigte Unterſchrift bezeugte, daß er an Ph. Oberſt für 240 fl. Brauereigeräthe verkauft habe. Nachher ergab ſich aber aus dem Zeugniß des Reiß und des Bahlinger, daß der Verkauf jener Geräthſchaften nur um 140 fl. und nicht an Oberſt ſondern an Reiß ſtattgefunden hatte, ferner ergab ſich, daß Andreas Ducherer von Mingolsheim, ein mit Winkelſchreiberei ſich befaſſender Mann von ſchlechtem Rufe, den Text jener Urkunde geſchrieben und deren Unterzeichnung durch Bahlinger und Beglaubigung durch das Bürgermeiſteramt brieflich vermittelt hatte.

Gegen Beide erging nun auf gepflogene Unterſuchung bei großh. Hofgerichte des Mittelrheinkreiſes am 17. Dezember 1860 folgendes Urtheil:

Philipp Oberſt von Mingolsheim ſei der Fälſchung einer Privaturkunde aus Gewinnſucht, beziehungsweiſe des Gebrauchs einer falſchen Privaturkunde im Einverſtändniß mit dem Fertiger derſelben, und Andreas Ducherer von Mingolsheim der Beihülfe zu dieſem Verbrechen und zugleich des Rückfalls in ein gleichartiges Verbrechen für ſchuldig zu erklären, deßhalb Philipp Oberſt und Andreas Ducherer jeder zu einer Kreisgefängnißſtrafe von 4 Monaten, und nebſtdem zu einer Geldſtrafe von 50 fl., oder im Falle der Unbeibringlichkeit zu weiteren 2 Wochen Kreisgefängniß, Philipp Oberſt unter ſammtverbindlicher Haftbarkeit für ſämmtliche Strafprozeßkoſten, zu $^3/_5$ derſelben, und Andreas Ducherer zu $^1/_5$ dieſer Koſten, ſowie jeder der bei-

Digitized by Google

den Angeschuldigten zur Tragung der Kosten seines Strafvollzugs zu verurtheilen."

Auf den Rekurs derselben wurde jedoch das hofgerichtliche Urtheil vom großh. Oberhofgerichte am 15. März 1861 dahin abgeändert:

Philipp Oberst und Andreas Ducherer seien von der Anschuldigung der Urkundenfälschung und von den Kosten freizusprechen.

Entscheidungsgründe:

Philipp Oberst ist beschuldigt, eine auf sein Verlangen von Andreas Ducherer entworfene Privaturkunde mit ächter Unterschrift zu dem Zwecke gebraucht zu haben, um das zu seiner Wiederverehelichung erforderliche Vermögen nachzuweisen. Auf diese rechtswidrige Handlung läßt sich aber weder der, nur die intellectuelle Fälschung öffentlicher Urkunden bedrohende §. 427, noch der, nur die formelle Fälschung oder Verfälschung von Privaturkunden bedrohende §. 430, noch der, die Fälschung öffentlicher Urkunden zu andern Zwecken als der Gewinnsucht oder Beschädigung, bedrohende §. 429 des Str.G.B. anwenden *).

*) S. Annalen XXIII. (1856) No. 21 S. 167. 2.

**) S. Annalen XXIII. (1856) No. 15. II. S. 115—117; No. 21, II. S. 164. 165.

J.B. n. F. XIII. S. 379. 380.

Durch den Gebrauch einer ächten Privaturkunde mit unwahrem Inhalt kann zwar, in sofern die Merkmale des §. 450 des Str.G.B. zusammentreffen, ein Betrug verübt werden; allein hier hat sich Oberst nur der beurkundeten Lüge eines Dritten bedient, um die Behörde, die er damit täuschen wollte, dadurch zu bestimmen, die Anstände gegen seine Wiederverehelichung als beseitigt anzusehen, und die bisher versagte Erlaubniß dazu zu ertheilen.

Wenn nun auch die Gemeinde Mingolsheim dadurch benachtheiligt worden wäre, daß Oberst die Erlaubniß zur Wiederverehelichung erwirkt hätte, ohne hinreichendes Vermögen zu besitzen **), indem unter diesen Umständen der Gemeindekasse die Gefahr näher gelegen wäre, zufolge einer öffentlich rechtlichen Verbindlichkeit gemäß §. 1 Ziff. 7 des Gesetzes über die Rechte der Gemeindebürger (R.Bl. 1858 No. 57. S. 555) für ihn und die Seinigen weitere Unterstützungen zahlen zu müssen; so war doch der Zweck, den er mit seiner rechtswidrigen Handlung zu erreichen suchte, nicht der, sich auf Kosten der Gemeinde zu bereichern; denn er handelte nicht in der Absicht, das ihr als moralischer Person zugehörende Vermögen dadurch zu beschädigen, daß er sie zum Aufgeben eines Vermögenstheils oder Rechts, sei es durch Zahlung, Verzicht oder Uebernahme einer Verbindlichkeit bestimmte. Es fehlt sonach an einem wesentlichen Merkmal des in §. 450 des Str.G.B. bezeichneten Thatbestandes des Betrugs. Köstlin, d. Str.R. S. 141 — 143. §. 9.

Der §. 88 des Bürgerrechtsgesetzes, welcher nicht selbstständig eine Strafe droht, stellt zwar die gesetzliche Strafe in Aussicht, setzt also deren Androhung im Strafgesetzbuch voraus, an solcher fehlt es aber hier; daher muß das hofgerichtl. Urtheil in ein, nach §. 355 der Str.Pr.O. auch von den Kosten freisprechendes, abgeändert werden. Stf.

36.

Zur Auslegung des L.R.S. 1346.

Entscheidungsgründe zu dem Urtheil des Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 12. Mai 1858 II. Civ.Sen. J. S. Beß gegen Zimmermann.

x. Die Bestimmung des L.R.S. 1346, wonach der Gläubiger alle fälligen, nicht beurkundeten Forderungen, welche er gegen denselben Schuldner hat, in einer und derselben Klagschrift vortragen muß, hat einen doppelten Zweck, indem hierdurch einerseits die Umgehung der Vorschrift des L.R.S. 1345 verhütet, anderseits eine Mehrheit von Prozessen mit oft weitläufigen Beweishandlungen dadurch abgeschnitten werden soll, daß über sämmtliche unbeurkundete Forderungen in einem Rechtsstreite entschieden werde. Da es nun zur möglichsten Erreichung dieses Zweckes nicht genügt, den Gläubiger, welcher seine beurkundeten Forderungen successiv einklagt, — in Ansehung der nachträglich eingeklagten blos vom Zeugenbeweise auszuschließen; so hat der Gesetzgeber verordnet, daß die in der ersten Klage nicht eingeführten Forderungen nachher unzulässig sein, d. h. keine Klage mehr erzeugen sollen.*) Diese Vorschrift ist durch §. 280 d.

*) Dieselbe Ansicht ist in der, in den Annalen I. (1833) No. 31 S. 190 — 192 mitgetheilten Entscheidung und von Zachariä, fr. Civ.R. §. 758 am Schlusse der Note 17 Bd. 4 S. 476 ausgesprochen; die mildere Ansicht aber von Bell, Annalen VIII. (1840) No. 9 S. 56. ff., vertheidigt. Red.

Digitized by Google

Pr.O., wonach der Berechtigte nach Belieben seine verschiedenen Klagen cumuliren oder nach einander anstellen darf, nicht aufgehoben worden, da §. 280 cit. eine generelle gesetzliche Verfügung enthält, welche der speciellen des L.R.S. 1346 nicht derogiren kann.

Aus der ganz allgemein lautenden Fassung des mehrerwähnten L.R.S. (alle Forderungen aller Art) und aus dem Zweck desselben, die Zahl der Prozesse zu vermeiden, geht hervor, daß die nachträgliche Einklagung einer Forderung auch dann unstatthaft ist, wenn der Betrag der früher eingeklagten die Summe von 75 fl. (L.R.S. 1341) überstiegen hat. Nur dann ist die spätere Geltendmachung einer Forderung gestattet, wenn dieselbe zur Zeit der (frühern) Einklagung anderer Beträge noch nicht fällig war, oder wenn sie vollständig durch Urkunden bewiesen werden kann.

Das Eine wie das Andere erscheint als unerläßliche Bedingung der Zulässigkeit der Klage und muß daher schon mit der Klagerhebung (und nicht erst im Beweisverfahren) vorgebracht werden ꝛc.

Eine gleiche Entscheidung des II. Senats desselben Gerichtshofs erging unterm 6. Febr. dieses Jahres J. S. Schmitt gegen Meeser. Kah.

37.

Geldstrafen, welche nach dem Gesetz dem Verletzten zufallen, werden wegen Unbeibringlichkeit nur auf Antrag des Verletzten verwandelt. §. 161 des Str.G.B.

Die Unbeibringlichkeit darf aber nicht aus dem Vermögenszeugniß gefolgert werden, sondern muß durch die Erfolglosigkeit eines zum Zweck der Betreibung der Geldstrafe vorgenommenen Vollstreckungsversuchs dargethan sein.

Der Antrag auf Strafverwandlung kann, wie unterlassen, so auch zurückgenommen werden.

Mathias Streule von Rollingen wurde von großh. Hofgerichte des Oberrheinkreises des Jagdfrevels zum Nachtheile des Merian Von der Mühl in Basel schuldig erklärt, und deßhalb zu einer, dem Jagdberechtigten zufallenden Geldstrafe von 60 fl. verurtheilt.

Streule rekurrirte, allein auf die Anschließung des großh. Staatsanwalts wurde die Geldstrafe durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 14. September 1860 auf 100 fl. erhöht.

Der Angeschuldigte war in den zu den Untersuchungsakten erhobenen gemeinderäthlichen Zeugnisse als vermögenslos bezeichnet. Hierdurch sah sich das Amtsgericht Säckingen veranlaßt, der Verfügung, womit Herr Merian Von der Mühl in Basel Abschrift des hofgerichtlichen und oberhofgerichtlichen Urtheils zur Nachricht erhielt, die Bemerkung beizufügen, daß die gegen Mathias Streule von Rollingen erkannte Geldstrafe nicht vollzogen werden könne, weil der Angeschuldigte ausweislich der Untersuchungsakten keinerlei Vermögen besitze. In diesem Falle finde nach §. 161 unseres Strafgesetzbuches eine Verwandlung der Geldstrafe in Gefängnißstrafe statt, wenn der Verletzte innerhalb 4 Wochen um Vollzug des Urtheils beziehungsweise um Verwandlung der Geldstrafe in Gefängnißstrafe nachsuche.

Heinrich Merian Von der Mühl sprach hierauf sofort den Wunsch aus, daß die gegen Streule erkannte Geldbuße in Gefängnißstrafe umgewandelt werde. Das Hofgericht des Oberrheinkreises, an welches nun die Akten zur weiteren Verfügung eingesendet wurden, legte sie dem großh. Oberhofgericht zur Verfügung vor, indem wegen theilweiser Abänderung des hofgerichtl. Urtheils die Zuständigkeit des Hofgerichts zur Strafverwandlung zweifelhaft erscheine.

Das großh. Oberhofgericht hielt diese Zweifel für begründet, sandte aber die Akten an das großh. Amtsgericht Säckingen mit dem Bemerken zurück, daß der Antrag auf Strafverwandlung zur Zeit noch nicht stattfinde, weil die Vollstreckung bezüglich der erkannten Geldstrafe noch nicht eingeleitet worden sei. Nach §. 161 des Str.G.B. dürfe nämlich die Unbeibringlichkeit der Geldstrafe nicht auf Grund des Vermögenszeugnisses vorausgesetzt, sondern könne erst dann auf Verwandlung in Freiheitsstrafe angetragen werden, wenn durch die Erfolglosigkeit der Vollstreckung die Zahlungsunvermögenheit sich gezeigt habe. Der vom Beschädigten gewünschte Vollzug der erkannten Strafe sei daher vorerst im Wege der Vollstreckung zu versuchen und dem Beschädigten hiervon Nachricht zu geben. Sollte die Vollstreckung aber erfolglos bleiben, so sei dem Beschädigten zufolge §. 161 des Str.G.B. mit dem Bemerken hiervon Nachricht zu geben, daß er nun innerhalb weiterer vier Wochen auf die Verwandlung der Freiheitsstrafe anzutragen habe, wenn er den Vollzug in dieser Weise begehre.

Digitized by Google

Der Antrag auf Vollſtreckung wurde geſtellt, dieſe blieb jedoch erfolglos. Dies wurde dem Herrn Merian Von der Mühl mit dem Bemerken eröffnet, daß er nunmehr innerhalb 4 Wochen auf die Verwandlung der Geld- in Gefängnißſtrafe anzutragen habe, wenn er den Vollzug in dieſer Weiſe begehre.

Der Jagdberechtigte erklärte ſchriftlich, er ſei faſt Willens geweſen, dem Streule die Gefängnißſtrafe zu erlaſſen, allein unterdeſſen ſei ein Schuß in die Wohnung ſeines Jagdhüters abgefeuert worden, und Streule, von demſelben zweimal zur Beſprechung über die Bedingungen eines Strafnachlaſſes beſtellt, habe ſich nie eingefunden; er bitte daher um Verlängerung des Termins zur Erklärung, oder falls dies unſtatthaft ſei, trage er jetzt ſchon darauf an, daß der Vollzug der Strafe eintrete, damit gegenüber ſo böſen Elementen nicht Schwäche an den Tag träte.

Das großh. Oberhofgericht hielt ſich zu einer Friſterſtreckung nicht für berufen, und erkannte am 2. März 1861:

nach Anſicht des §. 161 des Str.G.B. und in Erwägung, daß der Jagdpächter Merian Von der Mühl in Baſel die Vollſtreckung der ihm zuerkannten Geldſtrafe rechtzeitig betrieben und nach deren Erfolgloſigkeit rechtzeitig auf deren Verwandlung in Freiheitsſtrafe angetragen hat;

nach Anſicht des §. 162 d. St.G.B., wonach die Summe von 1—4 fl. einer Gefängnißſtrafe von 24 Stunden gleich zu rechnen iſt; mit Berückſichtigung der §§. 151 Ziff. 4 und 38. 39 des St.G.B.:

daß die in dem (oberhofgerichtlichen) Urtheil vom 14. September 1860 gegen Mathias Streule von Rollingen auf 100 fl. erhöhte Geldſtrafe in Kreisgefängnißſtrafe von 8 Wochen zu verwandeln ſei.

Unterdeſſen hatte H. Merian Von der Mühl ein Schreiben an das Amtsgericht eingeſchickt, worin er darauf antrug, es möge die gegen M. Streule rechtskräftig verhängte Strafe wirklich vollzogen werden.

Acht Tage nach der Verkündung des Erkenntniſſes vom 2. März 1861 erſchien aber Streule wieder vor dem Amtsgericht und übergab eine an das Bezirksamt gerichtete Eingabe des Heinr. Merian Von der Mühl, worin dieſer anzeigte, Streule habe nunmehr ſeine Reue über die vielfach begangenen Jagdfrevel bezeugt und verſprochen, ſich künftig deſſen gänzlich zu enthalten, auch an ihn das Geſuch geſtellt, bei dem Bezirksamte darum einzukommen, daß ihm die Strafe geſchenkt werde. Da dieſes Geſuch von ſeinem Jagdhüter befürwortet werde, ſo ſtelle er den Antrag, daß dem M. Streule die rechtskräftig verhängte Strafe nachgelaſſen werde.

Mit dieſer Eingabe überreichte Streule eine ſchriftliche Erklärung des Gemeinderaths und Pfarramts, daß ſie dem Antrag des Herrn Von der Mühl beitreten.

Auf Vorlage dieſes Geſuchs erkannte das großherzgl. Oberhofgericht am 4. Mai 1861:

In Erwägung, daß durch die Beſtimmung des §. 161 des St.G.B. — die Verwandlung der dem Verletzten zufallenden Geldſtrafe finde nur inſofern ſtatt, als dieſer von der Zeit an, wo ſich die Zahlungsunvermöglichkeit zeigte, innerhalb 4 Wochen auf die Verwandlung in Freiheitsſtrafe angetragen habe, anerkannt iſt, daß es ſich hier nur um eine Privatgenugthuung handle, bei welcher das öffentliche Intereſſe nicht zu wahren kommt, weßhalb dem Verletzten ein Recht des Verzichts auf den Vollzug der rechtskräftig erkannten Strafe eingeräumt iſt, und daß dieſer Verzicht ſogar zu Gunſten des Verurtheilten dann vermuthet wird, wenn der Antrag auf Vollzug nicht innerhalb 4 Wochen geſtellt wird;

in Erwägung, daß durch letztere Beſtimmung die ſpätere Anzeige eines ausdrücklichen Verzichts nicht ausgeſchloſſen iſt, auch das öffentliche Intereſſe nicht gebietet, auf dem Vollzug einer nur zu Gunſten des Verletzten ausgeſprochenen Privatgenugthuung gegen deſſen ausdrücklichen Willen von Amtswegen zu beſtehen,

wird dem in der Eingabe des Heinr. Merian Von der Mühl in Baſel vom 24. März d. J. geſtellten Antrag dahin ſtattgegeben, daß von dem Vollzug der gegen den Angeſchuldigten durch dieſſeitiges Erkenntniß vom 2. März d. J. erkannten Strafe Umgang zu nehmen ſei. Stf.

Mit Nummer 13 wird das erſte Semeſter des Jahres 1861 geſchloſſen. Die Beſtellungen auf das zweite Semeſter wollen gefälligſt bei den großh. Poſtämtern oder in den Buchhandlungen gemacht werden. Der Preis für das Semeſter beträgt 2 fl.

Mannheim, im Juni 1861. **Buchhandlung von J. Bensheimer.**

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 14.

38.

Zur Frage der Civilprozeßgesetzgebung. Bedürfniß größerer Gleichförmigkeit und Einfachheit in wichtigen Betrags- und Zeitbestimmungen.

Fast durch ganz Deutschland herrscht in den Werkstätten der Gesetzgebung gegenwärtig eine erhöhte Regsamkeit. Wird auch das Bedürfniß des gemeinsamen Aufbaues in den zu einheitlicher Behandlung vorzugsweise geeigneten Rechtsgebieten sehr allgemein gefühlt und anerkannt, so wird doch in den Bauhöfen der Einzelgesetzgebung noch immer rüstig fortgearbeitet, ja es zeigt sich sogar eine mehr oder weniger verstärkte Thätigkeit, weil der frische Hauch, der unser deutsches Rechtswesen belebt, ungeduldsam nach neuen Gestaltungen ringt, während die gemeinsame Gesetzgebung, zur Zeit eines gehörigen verfassungsmäßigen Organs entbehrend, nur langsam und mühevoll, nicht ohne mancherlei Hemmung und Anfechtung voranschreitet.

Auch im Großherzogthum Baden regt sich diese erhöhte Thätigkeit, namentlich im Gebiete der bürgerlichen Prozeßgesetzgebung.

Was in Bezug auf die Grundzüge des Verfahrens bei einer neuen bürgerlichen Prozeßgesetzgebung vor Allem nöthig fällt, wenn dieselbe mit dem zur Geltung gelangten System der Strafprozeßgesetzgebung in gebührenden Einklang kommen soll (wie dies früher oder später sich als unvermeidlich nothwendig herausstellen wird), habe ich bereits in einer Abhandlung im Archiv für civilistische Praxis[1]), sowie auch, zum Theil in noch näherer Weise, in einem für den deutschen Juristentag nach Aufforderung seiner ständigen Deputation erstatteten Gutachten[2]) darzulegen mich bemüht.

Hier aber soll nur ein besonderer Gesichtspunkt bezüglich unseres badischen Prozeßverfahrens zur Sprache gebracht werden, nämlich das Bedürfniß thunlichster Gleichförmigkeit und damit größerer Einfachheit in wichtigen Betrags- und Zeitbestimmungen. Dieser Punkt scheint von sehr untergeordneter Bedeutung, ist aber, wie die Erfahrung gezeigt hat, praktisch von Wichtigkeit, insofern durch die leicht durchführbare Beseitigung unbedeutender Verschiedenheiten in solchen Maßbestimmungen viel Geld und Zeit erspart werden kann.

Vorzüglich ist hier an die Verschiedenheit zu erinnern, welche in der Art und Weise, wie der das Verfahren bestimmende Streitbetrag, die Appellationssumme, der Streitwerth bezüglich des Sportelansatzes und bezüglich der Anwaltsgebühren gesetzlich geregelt und zu ermitteln ist, sehr merklich hervortritt.

Wirft man einen Blick auf die hiewegen geltenden Vorschriften, welche zum Theil zu sehr verschiedenen Zeiten in das Leben treten[3]), so zeigt sich:

Die Appellationssumme beträgt nach Pr.O. §. 1129 fünfzig Gulden. Bei Sachen unter diesem Betrag sowie auch bei einem Streittheilbetrag unter 50 Gulden, findet nach Pr.O. §. 572. 603 anstatt des Eides nur ein Handgelübde, und bezüglich der Anwaltsgebühren nach Verordnung vom 17. März 1851 §. 8 und vom 1. Juli 1858 §. 1 eine besondere Beschränkung Statt. Die bisherigen Bestimmungen stehen mit einander im Einklang.

Bei Streitigkeiten über persönliche Verbindlichkeiten, die den Werth von 150 Gulden nicht übersteigen, findet nach Pr.O. §. 642 Ziff. 1 das sog. abgekürzte Verfahren und überdies (was bekanntlich nicht in allen Fällen des abgekürzten Verfahrens Platz greift) nach Pr.O. §. 1185 Ziff. 3 auch die abgekürzte Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter Statt. Bezüglich dieser 150 Gulden, soweit die Art des Verfahrens und der Appellationsverhandlung in Frage steht, ist die Einrede

[1]) Bd. 44. S. 49 ff.

[2]) Verhandlungen des zweiten deutschen Juristentages, Bd. 1. S. 95—108.

[3]) Das Sportelgesetz vom Jahr 1856 ruht auf den Grundlagen der Sportelgesetzgebung vom J. 1840. Die Anwaltsgebührenordnung vom J. 1858 schließt sich an die alte Taxordnung und die Verordnung vom 10. Juli 1832 an. Die Prozeßordnung vom J. 1851 ist eine Abänderung und neue Fassung des Prozeßgesetzes vom J. 1831.

Digitized by Google

nung von Zinsen und Kosten ausgeschlossen, wie in Pr.O. §. 642 ausdrücklich bestimmt ist.

Abweichend hievon findet, soweit es sich um die Berechnung der Appellationssumme handelt *), nach Pr.O. §. 1127 Ziff. 2, und ebenso, soweit es sich um die Berechnung des Streitwerths bezüglich des Sportelansatzes handelt, nach Sp.G. § 36 37 eine Einrechnung von Zinsen (und Früchten) allerdings Statt, aber in beiderlei Richtungen nicht in gleichem Maaße, sondern in ersterer Richtung Zinsen und Früchte bis zum Tage der Urtheilsverkündung, in letzterer Richtung bis zum Tage der Klagerhebung. Die Berechnung hinsichtlich des Anwaltsgebührenbetrags richtete sich hier nach der Bestimmung des Sportelstreitwerths. *) Verordnung vom Jahr 1858. § 2.

Es tritt also hier eine dreifach verschiedene Berechnung hervor.

Eine weitere störende Verschiedenheit liegt aber darin, daß die Taxclassen für die Sporteln und die für die Anwaltsgebühren (Gebühren, die sich ihrer Natur gemäß sehr zu gleichförmiger Behandlung eignen und auch zum Theil gleichheitlich behandelt werden), nur scheinbar ähnlich, in Wahrheit aber sehr abweichend geregelt sind. Es gibt nämlich 7 Sporteltaxclassen und 7 Anwaltstaxclassen (oder der Sache nach eigentlich 8); beiderlei Classen sind, was die niederen betrifft, hinsichtlich der Maaßgrenzbeträge von 50 Gulden, 150 Gulden, 500 und 1000 Gulden, ähnlich und doch auch wieder verschieden geregelt (einerseits bis 150, 500, 1000 Gulden einschließlich, andererseits bis nicht volle 150, 500, 1000 Gulden); was dagegen die höheren Classen betrifft, von 1000 Gulden aufwärts, gehen sie völlig auseinander. Die unter gleicher Ordnungszahl stehenden Classen entsprechen sich aber überhaupt nicht, weil das Sportelgesetz die Sachen unter 50 Gulden als erste Classe besonders auszeichnet und beziffert, die Anwaltsgebührenordnung dagegen nicht.

Schon die nähere Vergleichung dieser Verschiedenheit in verwandten Bestimmungen so ähnlicher Art, wodurch das Gedächtniß leicht beirrt wird, führt zur Ueberzeugung, daß hier Verwechslung und Verwirrung schwer zu vermeiden ist. Die bei dem Hofgericht des Mittelrheinkreises gesammelten Erfahrungen haben dies auch zur Genüge bestätigt. Anwälte behandelten, irre geleitet durch die ihnen geläufigere Bestimmung der Anwalts.G.O., deren Gleichförmigkeit mit den Betragsbestimmungen der Pr.Ordn sie unterstellten, Streitsachen von 150 Gulden (nicht darüber) als zum ordentlichen Verfahren und zur ordentlichen Appellation gehörig und versäumten deßhalb die abgekürzten Nothfristen, wie sie auf erfolgte Wiederherstellungsgesuche der Parteien, gemäß Pr.O. §. 153 einvernommen, selbst zugestehen mußten. In anderen Fällen entstanden in ähnlicher Art, wenn auch keine Versäumnisse, doch Verwechslungen von Seiten der Untergerichte mit Verzögerung des Verfahrens, wie denn überhaupt Zweifel oder Mißverständnisse über die Frage, ob die abgekürzte Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter Platz greift, häufig zur Verzögerung der Verhandlung führten, und noch führen.

Es soll nicht verkannt werden, daß jene Abweichungen, jede für sich betrachtet, nicht blos zufällige Unebenheiten in der Form sind, sondern großentheils auf sachlichen Gründen beruhen, und daß wesentlichen Sachgründen gegenüber das Interesse der Gleichförmigkeit allerdings zurücktreten muß. Wo aber der Mangel der Gleichförmigkeit practisch so erhebliche Nachtheile im Gefolge hat, da werden sachliche Gründe von geringerem Belang dem überwiegenden praktischen Interesse füglich zu opfern sein. Von diesem Gesichtspunkte ausgehend, wird man die erwünschte Gleichförmigkeit in Bestimmungen obiger Art ohne Anstand erzielen können, da sachliche Gründe von wesentlicher Bedeutung nicht im Wege stehen; insbesondere könnte die Einrechnung von Zinsen und Früchten bei der Appellationssumme (und demgemäß auch bei der Sportel- und Anwaltstaxe) wohl um so mehr wegfallen, als dieselbe dem älteren badischen Recht unbekannt war **), oder es könnte sonst eine angemessene Ausgleichung Statt finden.

Auch das Bestehen von zweierlei Nothfristen der

*) Nach Pr.O. §. 1126 beträgt die Appellationssumme bezüglich der Urtheile eines Collegialgerichts erster Instanz ebenfalls 150 Gulden (Vergl auch St Pr O. §. 338). Diese Bestimmung ist jedoch zur Zeit ohne praktische Bedeutung.

*) Die Berechnung einer Streitsumme bezüglich des Sportelansatzes richtet sich gemäß Sp.G. §. 37 im Ganzen nach den Bestimmungen über Berechnung der Appellationssumme. Doch wird die Festsetzung in der ersteren Richtung nicht auch in der letzteren als bindend angesehen. Wäre nicht eine einzige, nach allen Richtungen maaßgebende Feststellung des Streitwerths aus practischen Gründen und im Einklang mit der Eventualmaxime entschieden vorzuziehen und wohl auch ohne große Schwierigkeit zu ermöglichen?

**) Vrgl. Alte Obergerichtsordnung §. 128. Reichsabsch. von 1600. §. 14 und Jungster R.A. §. 127.

Digitized by Google

Appellation gegen Urtheile des nämlichen Gerichtes der ordentlichen und der abgekürzten (eine Verschiedenheit, die vielleicht ohne erhebliche Nachtheile durch Festsetzung von Nothfristen mittlerer Dauer ganz ausgeglichen werden könnte [7]), führt an sich öfters zu Irrungen.

Nach einer herrschend gewordenen Uebung [8]) tritt sogar der besondere Mißstand ein, daß eine Partei, obwohl sie in einer dem Klagbetrag gemäß im ersten Rechtszug zum ordentlichen Verfahren gehörigen Sache vorschriftsmäßig über die Förmlichkeiten der ordentlichen Appellation vom Untergerichter belehrt wurde [9]), dennoch die abgekürzten Nothfristen einhalten muß, sofern ihre Beschwerde nur einen 150 fl. nicht übersteigenden Betrag zum Gegenstande hat. Wie leicht hiedurch Verwechslungen entstehen können, fällt in die Augen.

Bei Nothfristen finden auch je nach Entfernung der Partei oder ihres Gewalthabers vom Gerichtssitze besondere Zusatztage (ein Tag für je sechs Stunden Entfernung) Statt, jedoch nicht bei allen Nothfristen, sondern nur bei der Appellationsanmeldungsfrist und gewissen Wiederherstellungsfristen, welche in dieser Hinsicht der ersteren gleichgestellt sind. Pr.O. §. 1141. 1184. 1145. (vergl. mit §. 1148), 1157. 1158. 1187 (verglichen mit §. 1156), ferner §. 612. 151. 692. 983 (vergl. mit §. 615. 301. 302. 312. 320. 536. 540. 627. 628. 828 u. s. w.) Alle die betreffenden Bestimmungen nach ihren Abweichungen im Gedächtniß einzeln festzuhalten, dürfte kaum einem badischen Juristen gelungen sein.

Da übrigens nach der allgemeinen Berechnungsregel des Pr.O. §. 230 bei allen Fristen nicht nur der Tag der Eröffnung oder Zustellung des Beschlusses nicht mit gerechnet, sondern auch am Schluß jedesmal ein weiterer Tag (als dies utilis) hinzugezählt wird [10]), so entsteht hier oft eine mit von der einfachen und natürlichen Berechnungsweise allzu sehr abweichende Art der Berechnung und der Umstand, daß die örtlichen Zusatztage nicht bei allen Nothfristen hinzutreten, führt wieder leicht zu sehr nachtheiligen Irrungen.

Diese örtlichen Zusatztage sind dem französischen Rechte nachgebildet.

Vergl. Code de procédure civile, art. 1033.

Wenn dieselben zu einer Zeit, wo es noch keine Eisenbahnen, zumal in einem Lande von dem Umfang Frankreichs, als nothwendig oder rathsam erscheinen mochten, so werden sie doch jetzt in unserem von Eisenbahnen durchschnittenen Großherzogthum, namentlich mit Rücksicht auf die bevorstehenden weiteren Eisenbahnverbindungen, ohne Gefahr und Bedenken ganz aufgehoben werden können. Da der nach Pr O. §. 266. 271 verglichen mit §. 261. 267 für Empfang der Einhändigungen bestellte Gewalthaber ohnehin in der Regel am Ort des Gerichts wohnt, so wird die Aufhebung um so leichter durchzuführen sein. Der allgemeine Zusatztag des §. 230 enthält schon eine hinreichende Nachsicht bei der Fristberechnung.

Hiemit schließen sich unsere Andeutungen. Es sind Früchte praktischer Erfahrungen. Vielleicht erscheint die eine oder andere der Erwägung und gelegentlichen Berücksichtigung von Seiten der Gesetzgebung nicht unwürdig.

E. Brauer.

39.

Rechtsgeschäfte, welche in die Zeit zwischen dem Gantausbruch und der Ganteröffnung fallen, sind jedenfalls alsdann nichtig, wenn

---

[7]) Für die Anmeldungsfrist würde sich eine Nothfrist von 10 Tagen, das althergebrachte Decendium des römischen, canonischen und deutschen Rechts, ohne Zusatztage, empfehlen. Die hannoverische Prozeßordnung, §. 401, kennt keine besondere Frist zur Anmeldung, sondern nur eine Frist zur Erhebung der Berufung; dieselbe ist aber verschieden bestimmt, je nach Unterschied des Gerichtes und nach Art der angefochtenen Verfügung.

[8]) Vergl. übrigens Annalen Jahrg. 22, S. 216. 377. Zeuner, Rechtsmittel, Anm. 2, S. 155.

[9]) Eine eventuelle Belehrung über die abgekürzten Fristen, welche nach Fassung der bezüglichen Beurkundung in untergerichtlichen Protokollen nicht ertheilt zu werden pflegt, würde den fraglichen Mißstand zwar vermindern, aber nicht beseitigen.

[10]) Dieser weitere Tag entspricht dem gemeinen deutschen Gebrauch nicht, obwohl einzelne Gesetzesbestimmungen dafür geltend gemacht werden. L. 1. D. 2. 11 und l. 101. D. de reg. juris., sowie cap. 24. X. 1. 29. Unser Gesetz folgt dem französischen Recht.

Vergl. Code de procedure civ. art. 1033.

Hefftler, Civilprozeßrecht §. 198. Not. 60.

Die hannöverische Prozeßordnung §. 136 rechnet, mehr der einfachen, natürlichen Berechnungsart entsprechend, nur den Tag, an dem die Frist beginnt, nicht mit.

Digitized by Google

der Vertragsgegner des Gemeinschuldners von dessen Vermögenslage Kenntniß hatte.

Diese Kenntniß kann aus der Beschaffenheit des Rechtsgeschäfts und aus den gegenseitigen persönlichen Beziehungen der Vertragspersonen gefolgert werden.

Beispiel einer Prüfung des Beweisergebnisses über die angeblich frühere Zeit des Vertragsabschlusses.

Wilhelm Morstadt in Lahr stand längere Zeit mit dem Fabrikhause Lindenlaub-Caroli, welches aus den Brüdern Hermann und Robert Lindenlaub bestand, im Geschäftsverkehre.

Er liquidirte in der Gant dieses Hauses auf den Grund einer, seinen Verkehr mit demselben in der Zeit vom 31. Dezember 1858 bis zum 30. April 1859 darstellenden Rechnung eine Restsumme von 1640 fl 39 kr. Die Rechnung umfaßte eine Reihe von Ausgabe- und Einnahmeposten, und unter letztern einen solchen im Betrage von 2077 fl. 39 kr., mit dem Datum des 27. April 1859 mit dem Beisatze „deponirte Waaren netto." Ein hiermit übereinstimmender Eintrag findet sich in dem Hauptbuche des erwähnten Fabrikhauses, während das Versandtjournal dieses Hauses unter dem gedachten Datum eine im Einzelnen bezeichnete Quantität Waaren im Preise von 2531 fl. 13 kr., als an Morstadt am fraglichen Tage in der Eigenschaft eines Depositums ausgefolgt, aufführt, eine Quantität im Preise von 86 fl. 54 kr. als sofort zurückgegeben bezeichnet, dabei einen Rabatt von 15 pCt. aus 2444 fl. 19 kr. mit 366 fl. 40 kr. berechnet, und daraufhin ein Guthaben von Lindenlaub-Caroli an Morstadt im Betrage von 2077 fl. 39 kr. annimmt.

Es ist unbestritten, daß die im Versandtjournale bezeichneten Waaren aus dem Besitze des Fabrikhauses Lindenlaub-Caroli in den des Morstadt übergingen. Die Vertreter der Gantmasse jenes Hauses begehren nun mit einer gegen Morstadt erhobenen Klage, daß jene Waaren (mit Ausnahme der alsbald wieder zurückgegebenen Quantität) an die Gantmasse herausgegeben werden sollen.

Auf gepflogene Verhandlung erging ein Urtheil des großh Amtsgerichts Lahr vom 1. Juni 1860, No. 5648, besagend:

„Der Beklagte sei, unter Verfällung in die Kosten, schuldig, an die klagende Gantmasse zu Handen des Massepflegers Hockenjos die in §. 5 der Klage verzeichneten Waaren oder aber deren Werth mit 2444 fl. 19 kr. nebst 5 pCt. Zinsen vom 16. April d. J. als dem Tage der Klagbehändigung binnen 4 Wochen bei Vermeidung der Vollstreckung zurückzugeben."

Dieses wurde aber von großh. Hofgerichte des Mittelrheinkreises am 2. Nov. v. J. in Berücksichtigung des Eintedevortrags dahin abgeändert:

„Würde der Beklagte in einer vom Unterrichter anzuberaumenden Tagfahrt folgenden ihm hiermit richterlich auferlegten Eid ausschwören:

„Es ist nicht wahr, daß ich die hier in Frage stehenden Waaren in Folge eines Faustpfands- oder Hinterlegungsvertrags erhalten habe, es ist vielmehr wahr, daß solche mir in Folge einer mit den Gantschuldnern getroffenen Uebereinkunft zur Tilgung einer von mir für die Gantschuldner übernommenen Zahlung von 3200 fl. an das Handlungshaus Kolb in Frankfurt und zwar vor dem 16. April 1859 käuflich überlassen worden sind,"

so würde die Klägerin unter Verfällung in die Kosten beider Rechtszüge mit der erhobenen Klage abgewiesen.

Würde aber der Beklagte obigen Eid verweigern, so würde er, unter Verfällung in die Kosten beider Rechtszüge, für schuldig erklärt, an die klagende Gantmasse zu Handen des Massepflegers Hockenjos die in §. 5 der Klage verzeichneten Waaren, oder aber deren Werth von 2444 fl. 19 kr., nebst 5 pCt. Zinsen vom 16. April d. J. als dem Tage der Klagbehändigung binnen 4 Wochen bei Vermeidung der Vollstreckung zurückzugeben, beziehungsweise zu bezahlen."

Auf die von der klagenden Gantmasse ergriffene Oberberufung wurde jedoch von großh. Oberhofgerichte am 16. April 1861 zu Recht erkannt:

„Das hofgerichtliche Urtheil sei aufzuheben und das amtsgerichtliche wieder herzustellen."

Für die Begründetheit des Klagbegehrens ist ausgeführt:

„Wenn auch bei dem Umstande, daß, wie feststeht, das Fabrikhaus Lindenlaub-Caroli dem Beklagten eine höhere Summe, als der Preis der fraglichen Waaren betrug, schuldete, auf den Grund der mehrerwähnten Rechnung und der Einträge in die Handelsbücher als

Digitized by Google

sicher zu betrachten ist, da es in der Absicht der betreffenden Personen lag, die Waaren an Zahlungsstatt hinzugeben, beziehungsweise anzunehmen (wofür insbesondere das Bestimmen eines Preises derselben und das Abziehen dieses Preises an der Schuld der Gemeinschuldner spricht), so fällt doch diese Abtretung an Zahlungsstatt in einen Zeitpunkt, in welchem sie bei Lage der Sache giltiger Weise nicht mehr geschehen konnte.

Die Gant gegen das Fabrikhaus Lindenlaub Caroli wurde am 2. Mai 1859 eröffnet. Durch gantrichterliches Erkenntniß vom 28. März 1860 ist aber nach L.R.A.S. 208 der Gantausbruch auf den 26. April 1859 festgestellt. Es fällt somit der Tag, an welchem der vom Beklagten vorgelegten Rechnung und den Einträgen in die Handelsbücher zufolge — die fragliche Ueberlassung der Waaren an den Beklagten statthatte, in die Zeit zwischen der wirklichen Ganteröffnung und dem Tage, auf welchen der Gantausbruch festgesetzt wurde.

Rechtsgeschäfte, welche in den eben erwähnten Zeitraum fallen, sind nun nach A.S. 209, demzufolge der für zahlungsunvermögend erklärte Gemeinschuldner vom Tage des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens an der Verwaltung seines Vermögens kraft Gesetzes verlustig ist, schlechthin, oder, wie eine mildere Rechtsansicht will, doch jedenfalls dann für nichtig zu erachten, wenn derjenige, welcher das betreffende Geschäft mit dem Gemeinschuldner abschloß, von dessen Vermögenslage unterrichtet war. *)

Annalen der bad. Gerichte 1853. No. 20. 34.

Dalloz, repertoire de legislation t. 24. No. 266 ff.

Darüber, daß der eben zuletzt erwähnte Umstand im vorliegenden Falle eintrat, daß insbesondere der Beklagte wußte, es werde in Folge der an ihn geschehenen Abtretung an Zahlungsstatt seine Lage verbessert, die der übrigen Gläubiger aber verschlimmert, kann kein Zweifel bestehen.

Hieher ist vor Allem schon die Beschaffenheit des vom Beklagten eingegangenen Geschäfts selbst anzuführen. **)

*) S. auch Lauckhard Bd. 1. No. 73. S. 436—441.
Breicher und Grimm S. 99. 105. No. 17. S. 111. 3.
Sirey 1838. II. p. 306—308. Note 8.
Troplong des privilèges et hypothèques. (Bruxelles) T. II. p. 15. 16.
Annalen XVII. (1849.) No. 7. I. S. 51. 52.
No. 13. I. S. 97. 98.

**) S. Stabel in Jahrb. n. F. XIII. S. 45. II. — 48.

Es widerspricht nämlich völlig der Natur der Verhältnisse und der Erfahrung, daß Jemand Waaren in bedeutendem Werthe, deren er nicht zum eigenen Gebrauche bedarf, und mit denen er keinen Handel treibt, an Zahlungsstatt annimmt, wenn er nicht einen besondern Zweck dabei hat. Letzterer kann nun aber für den vorliegenden Fall nur darin gefunden werden, daß sich Beklagter bei der ihm wohl bewußten schlimmen Lage der Schuldner in dem Werthe der Waaren mit Hintansetzung anderweitiger Gläubiger eine vorzugsweise Befriedigung schaffen wollte.

Es spricht ferner für des Beklagten volle Kenntniß von der Vermögenslage der Gemeinschuldner dessen genaue Bekanntschaft mit den Letztern und den gesammten Verhältnissen derselben. Er arbeitet, wie er zugesteht, in ihrem Geschäfte. Er ist ihnen, wie sich aus seiner Liquidation in der Gant und aus seinen Zugeständnissen auf die klägerischen Behauptungen ergibt, häufig, und zwar namentlich in der letzten Zeit vor dem Gantausbruche helfend zur Seite getreten, indem er für sie Zahlungen leistete, und zu ihren Gunsten bei Dritten Anlehen aufnahm.

Der Beklagte behauptet nun, um den aus der bisher dargestellten Sachlage gegen ihn zu ziehenden Folgerungen zu begegnen, das Geschäft der Waarenabtretung sei nicht am 27. April 1859, sondern am 11. März 1859, mithin längst vor dem Zeitpunkte, auf welchen der Ausbruch des Zahlungsunvermögens festgesetzt wurde, abgeschlossen worden.

Auf diese Behauptung kann jedoch kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Dieselbe steht nemlich im vollen Widerspruche mit der vom Beklagten seiner Gantliquidation zu Grunde gelegten Rechnung, welche letztere den 27. April 1859 als den Tag des fraglichen Geschäfts bezeichnet. Diese Rechnung muß als ein Theil der Liquidation betrachtet werden. Die darin zu Gunsten der jetzt klagenden Gantmasse gemachte, in Frage stehende, thatsächliche Anführung gilt demgemäß als ein dieser Gantmasse gegenüber abgelegtes gerichtliches Geständniß, welches nach L.R.S. 1356 nur im Wege der Begründung und des Beweises eines auf Seiten des Beklagten hinsichtlich der betreffenden Thatsache stattgehabten Irrthums widerrufen werden könnte.

Ein solcher Irrthum ist nun aber in keiner Weise begründet. Es ist nicht dargelegt worden, wie der Beklagte seinerseits im Wege des Irrthumes zu

Digitized by Google

der Anführung, daß das fragliche Geschäft erst am 27. April 1859 eingegangen worden, gelangen konnte. Es ist ferner eben so wenig gelungen, genügend darzulegen, in welcher Weise es geschehen konnte, daß jenes Geschäft, wenn es in der That am 11. März 1859 abgeschlossen und im Laufe desselben Monats vollzogen worden wäre, als unter dem 27. April 1859 eingegangen in die Bücher des Fabrikhauses eingetragen wurde. Die Angaben der Gemeinschuldner und ihres Buchhalters Gaiser, auf welche sich der Beklagte behufs der Aufklärung des letztern Punktes bezog, haben eine solche Aufklärung in keiner Weise erbracht. Hermann Lindenlaub, welcher im Ganzen die Anführung des Beklagten über die angebliche Verspätung des Eintrags bestätigt, erklärt dieselbe in offenbar unhaltbarer Weise damit, daß man außer den, im März 1859 dem Beklagten gelieferten Waaren noch weitere an denselben zu liefern und erst am Schlusse der Lieferungen den Eintrag sämmtlicher Waarenüberlassungen zu machen beabsichtigt habe, daß aber in Folge dessen der Eintrag des Geschäfts erst zu einer Zeit zu Stande gekommen sei, in welcher man sich von der Unmöglichkeit weiterer Lieferungen überzeugt gehabt habe. Die Angabe des Robert Lindenlaub und die erste Angabe des Jakob Gaiser sprechen — weit entfernt davon, die vermißte Aufklärung zu schaffen — im Gegentheil geradezu dafür, daß — wenn auch etwa die Waaren dem Beklagten — aus was immer für einem Grunde — im Monate März 1859 übergeben worden sein sollten — die Abtretung an Zahlungsstatt doch erst am 27. April 1859 erfolgte. Das Gewicht dieser Angaben wird auch nicht durch die zweite (eidliche) Aussage Gaisers beeinträchtigt, da sich aus dieser Aussage nicht ersehen läßt, woher Gaiser die Annahme, daß die Abtretung an Zahlungsstatt bereits im März 1859 geschehen sei, schöpfte, und da sich überdies aus der von Gaiser in seiner zweiten Aussage bestätigten Thatsache, daß Hermann Lindenlaub und der Beklagte selbst den rechtzeitigen Eintrag der Waarenüberlassung in die Handelsbücher der Gemeinschuldner verhindert hatten, gerade wieder eine Vermuthung dafür ableiten läßt, daß vor dem 27. April 1859 jedenfalls noch keine feste Abrede über die rechtliche Natur des Geschäfts, welches die fraglichen Waaren in den Besitz des Beklagten brachte, getroffen gewesen sei."

Sts.

Anmerkung.

Der Art. 755 des Entwurfs eines deutschen Handelsgesetzbuchs in dem fünften Buch: Vom kaufmännischen Konkurse (welches nicht zur Berathung kam) entscheidet die Streitfrage über die Ungültigkeit der nach der Zahlungseinstellung, aber vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen, in folgenden Sätzen:

„Alle Zahlungen und Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners unterliegen der Anfechtung, wenn der andere Theil bei dem Empfange der Zahlung oder bei dem Abschlusse des Rechtsgeschäfts davon Kenntniß besaß, daß der Gemeinschuldner bereits die Zahlungen eingestellt hatte.

Jedoch findet die Rückforderung der Zahlung eines von dem Gemeinschuldner ausgestellten indossirten eigenen Wechsels nur gegen den ersten Indossanten und die Rückforderung der Zahlung eines auf den Gemeinschuldner gezogenen Wechsels nur gegen denjenigen statt, für dessen Rechnung der Wechsel gezogen wurde, und auch gegen diese nur dann, wenn der Erstere beim Indossiren, der Letztere bei Ausstellung oder Begebung des Wechsels davon Kenntniß besaß, daß der Gemeinschuldner bereits die Zahlungen eingestellt hatte.

Bei einem trassirt-eigenen Wechsel auf eigene Order, welcher von dem ersten Indossatar weiter indossirt ist, findet die Rückforderung der Zahlung nur gegen den ersten Indossatar statt, und auch gegen diesen nur dann, wenn derselbe beim Weiterindossiren von der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners Kenntniß gehabt hat."

Hierzu ist in den Motiven bemerkt:

„Die besondere Aufmerksamkeit nimmt im Falle des kaufmännischen Konkurses der Zeitraum zwischen dem Eintritt der Zahlungseinstellung und der Konkurseröffnung in Anspruch, also der Zeitraum, in welchem bereits alle thatsächlichen Momente vorliegen, die das Einschreiten des Gerichts bedingen, dergestalt, daß der Konkurs thatsächlich ausgebrochen ist und es nur noch des Ausspruchs bedarf, welcher das förmliche Konkursverfahren in Gang bringt. Ein solcher Zeitraum geht einer jeden Konkurseröffnung voran; er ist kürzer oder länger, je nachdem das Einschreiten des Gerichts früher oder später erfolgt.

Digitized by Google

Das Intereſſe der Geſammtheit der Gläubiger iſt in dieſem Zeitraume erfahrungsmäßig vorzugsweiſe gefährdet.

Nach gemeinem deutſchen Recht kann zwar das Gericht noch vor der Konkurseröffnung, jedoch in der Regel nur auf Antrag, proviſoriſche Sicherungsmaaßregeln treffen, wenn eine Gefährde für die Gläubiger zu beſorgen iſt (vergl. von Bayer §§. 44. 47). Soweit dies aber nicht geſchieht, bleibt es bei den allgemeinen Regeln über die Anfechtung, und es iſt dem Gemeinſchuldner bis zur Konkurseröffnung auch insbeſondere unbenommen, einzelnen Gläubigern Zahlung zu leiſten, Sachen an Zahlungsſtatt zu geben und abzutreten, oder größere Sicherheit zu verſchreiben, ſelbſt wenn dieſen Gläubigern ſeine Inſolvenz bekannt iſt (vergl. Günther S. 8; von Bayer §. 24 No. II.).

Dieſe Befugniß des Gemeinſchuldners iſt es vorzugsweiſe, deren Beſeitigung dringend nothwendig erſcheint; ſie gibt dem Gemeinſchuldner die Macht, die Maſſe vorweg nach ſeinem Belieben und zu ſeinem Vortheil zu vertheilen, und wirkt auch inſofern auf den öffentlichen Kredit ſehr nachtheilig, als man darin mit Recht eine Zurückſetzung entfernter Gläubiger gegen diejenigen erblickt, welche ſich ihre Nähe und genauere Kenntniß der Verhältniſſe des Gemeinſchuldners zu nutze machen können. Die Klagen über das demoraliſirende Unweſen der auf dieſem Wege bewerkſtelligten Ausplünderung der Fallitmaſſen ſind oft laut erhoben worden (vergl. z. B. Behrends: Ueber Deckungen bei Falliſementen, Hamb. 1841).

Geht man davon aus, daß die Zahlungseinſtellung das Ereigniß iſt, welches den Gemeinſchuldner thatſächlich in den Zuſtand des Konkurſes verſetzt, und daß der Beſchluß, welcher die Konkurseröffnung ausſpricht, damit im Weſentlichen nur dieſes Ereigniß als vorhanden anerkennt, ſo kann man zur Annahme gelangen, daß die Wirkungen der Konkurseröffnung ſchon mit dem Eintritt der Zahlungseinſtellung ihren Anfang nehmen müſſen. In der That hat der Code de commerce nach einer von der Mehrzahl der Gerichte und Schriftſteller adoptirten Auslegung des Art. 442 in ſolcher Weiſe durchgegriffen (vergl. oben zum Art. 704 d Entwurfs). *) Allein es führt dies zu großen Härten und zu Ungerechtigkeiten gegen diejenigen, welche ſich in gutem Glauben mit dem Gemeinſchuldner noch in Geſchäfte eingelaſſen haben. Es hat ſich als dringendes Bedürfniß für den Verkehr herausgeſtellt, auf dem Wege der Geſetzgebung dagegen Abhülfe zu ſchaffen. Das neue franzöſiſche Fallimentsgeſetz nimmt deßhalb im Art. 443 dem Falliten erſt mit dem Tage des Eröffnungserkenntniſſes das Verwaltungs- und Verfügungsrecht und erklärt im Art. 447 die von dem Falliten in der Zeit zwiſchen dem Eintritt der Zahlungseinſtellung und dem Eröffnungserkenntniſſe vorgenommenen Zahlungen und Verfügungen im Allgemeinen nur dann für anfechtbar, wenn dem andern Theile die erfolgte Zahlungseinſtellung bekannt geweſen iſt. Das neue belgiſche Fallimentsgeſetz hat im Art. 446 den gleichen Grundſatz angenommen. Derſelbe erſcheint auch als durchaus angemeſſen; er iſt deßhalb in dem Entwurfe als maaßgebend aufgeſtellt.

Für den Wechſelverkehr bedarf es aber nothwendigerweiſe noch einer weiteren Beſchränkung dieſes Anfechtungsrechts. Wenn nämlich der Gemeinſchuldner einen gezogenen oder indoſſirten eigenen Wechſel bezahlt hat, ſo würde die unbedingte Anwendung der aufgeſtellten Regel eine ungerechte Verletzung des Zahlungsempfängers enthalten. Der Inhaber des Wechſels iſt auch dann, wenn ihm bekannt iſt, daß der Gemeinſchuldner ſich bereits im Zuſtande der Zahlungseinſtellung befindet, nicht befugt, die ihm von demſelben angebotene Zahlung des Wechſels abzulehnen und Mangels Zahlung Proteſt zu erheben. Müßte er aber das Empfangene wieder herausgeben, ſo würde er zugleich den Regreß gegen ſeine Vormänner verloren haben, weil derſelbe ohne Proteſterhebung nicht zuläſſig iſt. Hiervon könnte leicht eine bedenkliche Entwer-

*) Dort iſt geſagt:
„Das rheiniſche Handelsgeſetzbuch geht inſofern weiter, als es nach einer (wenn gleich nicht unbeſtrittenen) Auslegung der Art. 441. 442 ff. die Dispoſitionsunfähigkeit des fallirten Handelsmanns ſchon vom Tage der Zahlungseinſtellung an datirt. Allein dieſe Beſtimmung, welche alle von dem Tage der Zahlungseinſtellung an vorgenommenen Geſchäfte vernichtet, ohne Unterſchied, ob zur Zeit der Vornahme die Fallimentseröffnung bereits ausgeſprochen war, und ob der andere Theil den Fallimentszuſtand des Gemeinſchuldners kannte oder nicht, bewirkt eine große Unſicherheit des Verkehrs; die Härte derſelben hat ſich längſt fühlbar gemacht und das dringende Bedürfniß zur Aenderung des Geſetzes im Sinne des Entwurfs (welcher den Verluſt des Verwaltungs- und Verfügungsrechts des Cridars erſt mit der Konkurseröffnung eintreten läßt), hervorgerufen ꝛc.

Digitized by Google

übung solcher im Verkehr befindlichen Handelspapiere die Folge sein. Der Zahlungsempfänger muß daher in diesen Fällen gesichert werden, ein Bedürfniß, welches sich da, wo der strenge Grundsatz des Art. 442 des rheinischen H.G.B. gilt, schon längst außerordentlich fühlbar gemacht hat. Die *) Konkursordnung und der Entwurf gewähren, nach dem Vorgange des französischen Fallimentsgesetzes (Art. 449), eine angemessene Sicherung durch die, der Regel beigefügten Ausnahmsbestimmungen, nach welchen die Gläubigerschaft nur berechtigt sein soll, ihre Rückforderung gegen denjenigen zu richten, welchem der Wechselbetrag (bei Kenntniß von der Zahlungseinstellung) im Resultate des ganzen Wechselgeschäfts zu gut gekommen ist (oder was gleichbedeutend ist: gegen denjenigen, welcher im Falle der verweigerten Zahlung schließlich für den Betrag des Wechsels hätte aufkommen müssen). Dies ist bei dem gezogenen Wechsel in der Regel der Zieher, wenn dieser nämlich, wie gewöhnlich, den Wechsel für seine Rechnung zog; im Falle aber die Tratte für Rechnung eines Dritten gezogen wurde, ist es dieser Dritte, in Folge dessen Auftrags und für dessen Rechnung gezogen ist. Bei dem eigenen Wechsel ist es der erste Indossant, von welchem eben der Wechsel verwerthet wurde. Endlich erwähnt noch der Abs. 3 des Artikels den singulären Fall eines trassirt eigenen Wechsels auf eigene Ordre; hier steht nach dem materiellen Sachverhalt der erste Indossatar dem ersten Indossanten eines gewöhnlichen trocknen Wechsels gleich (vergl. hierzu auch Renouard des faillites t. I. p. 379. sq.).

*) preußische.

40.

Zur Erwerbung einer Dienstbarkeit ist der Eintrag ins Grundbuch nicht erforderlich.

Ueber die Stellung des Petitum in einer Negatorienklage.

I.

1) Johann Ziegler ist Eigenthümer eines Häuschens und kleinen Grundstückes auf der sog. Ziegelhütte bei Neckargemünd. Unmittelbar nebenan besitzt Joseph Grosch ein Haus sammt Hof, und bediente sich, um auf dem kürzesten Wege in diesen zu gelangen, eines über das Grundstück des Ziegler führenden Weges. Er hatte, seiner Behauptung nach, die Berechtigung hiezu von seiner noch lebenden Rechtsvorfahrerin J. Grill's Wittwe überkommen.

Im Jahre 1817 war diese nämlich Eigenthümerin des Hauses des jetzigen Beklagten, und hatte sich um jene Zeit die fragliche Weggerechtigkeit von dem damaligen Eigenthümer des Ziegler'schen Hauses gegen Hingabe eines Stückes Land förmlich ausbedungen.

Im Jahre 1824 wurde diese Dienstbarkeit, mittelst mündlicher Verabredung zwischen Grill's Wittwe und Jos. Herberg, den damaligen Eigenthümer des dienenden Grundstückes erneuert, beziehungsweise wiederholt ausdrücklich constituirt, und zum ewigen Gedächtniß dessen ein sogen. Mark- oder Gedächtnißstein gesetzt.

Ein formell gültiger Eintrag ins Grundbuch fand jedoch nicht Statt. Es findet sich vielmehr nur der Entwurf eines Eintrages vor, dem jedoch die Unterschriften der Parteien, sowie die Beglaubigung der Gemeinderathsmitglieder fehlen.

Durch die Mangelhaftigkeit dieses Eintrags bestimmt, bestritt der jetzige Eigenthümer des dienenden Grundstückes, J. Ziegler, die Rechtsbeständigkeit der fraglichen Dienstbarkeit, und erhob zu Anfang dieses Jahres eine Negatorienklage, deren Petitum darauf gerichtet war, dem Beklagten das Begehen des betreffenden Weges, bei Vermeidung einer Strafe von 25 fl. zu untersagen.

2) Der Beklagte machte zu seinen Gunsten das oben Angeführte geltend, und berief sich außerdem noch darauf, daß der Kläger, beziehungsweise dessen Rechtsvorfahrer ihn schon früher zu wiederholten Malen in der Benützung seiner Dienstbarkeit habe stören wollen, daß diesem jedoch durch richterliche Verfügung in Folge eines vorausgegangenen summarischen Verfahrens jedwede Störung bei Vermeidung einer Strafe von 5 Reichsthalern untersagt worden sei.

(Schluß folgt.)

Bei Ferdinand Enke in Erlangen sind erschienen und in allen Buchhandlungen des In- und Auslandes zu haben:

Rumpfenbach, Dr. K., Lehrbuch der Finanzwissenschaft. 2 Thle. gr. 8. geh. 2 Thlr. 12 Sgr. oder 4 fl.

Zeitschrift des Anwaltvereines für Bayern. Bd. I. Der Band von 24 Nummern à 1 Bogen. 2 Thlr. od. 3 fl. 24.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stemyf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmeltzer in Mannheim

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 15.

(Schluß von Art. 40.)

Die hierüber erwachsenen Acten weisen die Wahrheit dieser Angabe vollständig nach. Das Verfahren war übrigens ziemlich formlos und tumultuarisch gehalten, ein Mittelding zwischen Besitz- und unbedingtem Mandatsprozesse. Doch war der richterliche Bescheid jedenfalls in Rechtskraft erwachsen, da eine Berufung dagegen nicht ergriffen, resp. wieder aufgegeben war, und der damalige Beklagte und jetzige Kläger Ziegler eine später erhobene, aber (nach S. 187. 8. Jahrg. der oberhofgerichtl. Jahrbücher) wohl immer noch zulässige Einsprache wieder hatte fallen lassen.

3) Der Beklagte Grosch machte nun in dem später eingeleiteten ordentlichen Verfahren darauf aufmerksam, daß in der betreffenden Klage des Ziegler, wenn sie, wenigstens bei den hier besonders obwaltenden Umständen, die volle Eigenschaft einer petitorischen haben solle, das Gesuch ganz anders hätte gestellt sein müssen, daß dasselbe nämlich unbedingt die Anerkennung der Freiheit des dienenden Grundstücks hätte zum Gegenstande wählen, und nicht blos das Aussprechen einer Geldstrafe (welche im summarischen Vorverfahren der jetzige Beklagte zu seinen Gunsten schon erzielt habe) hätte beantragen sollen.

Im Vollstreckungsverfahren erst hätte das abermalige Aussprechen einer Geldstrafe als Vollstreckungsmittel Platz greifen können.

Auf diesen Einwurf wurde jedoch weder in erster noch in zweiter Instanz Rücksicht genommen, wenigstens in den Entscheidungsgründen hievon nichts erwähnt.

4) Der Unterrichter hielt nur die in Ziff. 1 angeführten Thatsachen hinsichtlich der Constituirung der Dienstbarkeit für erheblich und setzte dieselben zum Beweis aus. Dieser wurde auch durch Einvernahme der obgenannten Personen (J. Grill's Wittwe und J. Herberg), sowie durch ein auf den Gedächtnißstein bezügliches Gutachten von Sachverständigen vollkommen geliefert.

Trotzdem erließ aber der Unterrichter ein dem Klaggesuche entsprechendes Urtheil (wodurch somit dem Beklagten die fernere Benützung der Dienstbarkeit abgesprochen wurde) und zwar aus dem Grunde, weil ein gehöriger Grundbuchseintrag hier mangele, dieser aber nach den Bestimmungen unseres Landrechts und des Einführungsedikts zur Erwerbung einer solchen liegenschaftlichen Berechtigung unbedingt nothwendig sei.

II.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises, an welches diese Streitsache im Appellationswege gelangte, verwarf diese Ansicht, indem es zur Führung des Beweises des behaupteten Wegrechtes weder eines Grundbucheintrages bedürfe*), noch überhaupt unbedingt einer Urkunde, da in L.R.S. 690 das Wort „titre," aus welchem sich nach Ansicht einzelner französischer Schriftsteller der Ausschluß aller andern Beweismittel ergeben soll, mit „Vergünstigung" übersetzt sei, und daher in Baden für den Beweis der Errichtung von Dienstbarkeiten lediglich die allgemeinen Regeln maßgebend seien.

Vrgl. Lauckhard, Rechtsfälle VII. S. 433.

Nach dieser, von unsern Obergerichten in neuerer Zeit überhaupt adoptirten Ansicht wäre somit der vom Beklagten angetretene Zeugen- und Vermuthungsbeweis für sich allein zulässig, und in diesem Falle nach Lage der Sache wohl auch vollgenügend erfunden worden, wenn der Werth der streitigen Dienstbarkeit nicht mehr als 75 fl. betragen hätte. Aus der erst im Laufe des Appellationsverfahrens angeordneten Abschätzung des Werthes derselben ging aber hervor, daß das Interesse, welches der Kläger an der Existenz der Dienstbarkeit hat, anscheinend auf mehr als 75 fl. anzuschlagen sei. Denn wenn auch der Werth der Dienstbarkeit überhaupt nur auf höchstens 70 fl. geschätzt wurde, so nahmen die Schätzer doch hinsichtlich eines Nebenpunktes eine eventuelle Erhöhung bis auf 90 fl. an. Dieser Mehrwerth würde nämlich, nach ihrer Angabe, dadurch eintreten, daß der Kläger durch das behauptete Wegrecht verhindert sei, Bauveränderungen an seinem Hause vorzunehmen, und insbesondere den Hofraum ganz zu überbauen.

*) Jahrb. für bad. Recht S. 86 bis 88. Red.

Digitized by Google

Aus dieſem Grunde wurde der Beweis durch Zeugen und Vermuthungen für unſtatthaft erachtet, und in zweiter Inſtanz auf den Nichtwiſſenseid erkannt, welchen der Beklagte dem Kläger über die Errichtung des Wegrechts eventuell zugeſchoben hatte.

Dieſer Eid lautete:

„Ich habe, ſorgfältiger Nachforſchungen ungeachtet, die Ueberzeugung nicht erlangt, daß der Erbauer meines Hauſes im Jahre 1817 der Wittwe des Joh. Grill, als damaliger Eigenthümerin des Hauſes des Beklagten, das von dieſem jetzt angeſprochene Wegrecht bewilligt hat."

Angeſichts der durch den Zeugenbeweis feſtgeſtellten Thatſache der ſtattgehabten Bewilligung, zog der Kläger vor, dieſen Eid nicht zu leiſten, und ſich mit ſeinem Gegner im Vergleichswege abzufinden.

III.

Würde wohl in einem ſolchen oder ähnlichen Falle, wo irgend ein äußeres Factum rechtsgenügend conſtatirt iſt, von welchem der Schwörende übrdies erwieſenermaßen Kenntniß beſitzt, — im Falle eines wider beſſeres Wiſſen abgelegten Nichtwiſſenseides, mit Erfolg eine Anklage wegen Meineids durchgeführt werden können? —

Dieſe Frage ſoll von der gerichtlichen Praxis bis jetzt verneinend entſchieden worden ſein, indem die Ueberzeugung des Schwörenden etwas rein Subjectives, Inneres, und hiernach der Beweis eines ſolchen wider beſſere Ueberzeugung geleiſteten Eides gar nicht, oder nur in den ſeltenſten Fällen herzuſtellen ſei. *)

Dieſer Anſicht möchte jedoch mit voller Berechtigung der Einwurf entgegenzuſtellen ſein, daß hier nicht ſowohl die ſpezielle und ganz individuelle angebliche Ueberzeugung eines Einzelnen als maaßgebend anzunehmen iſt, ſondern vielmehr die allgemeine logiſche Ueberzeugung, die ſich nach gewöhnlichen Regeln des Denkens, und ſpeziell des juriſtiſchen Denkens, bei der Geſammtheit Aller nothwendig bilden muß. Dieſe Anſicht wird wenigſtens dann (als die richtige) angenommen werden müſſen, wenn jener Ueberzeugungseid überhaupt eine mehr als blos formelle prozeſſualiſche Bedeutung haben ſoll. Andernfalls iſt nicht abzuſehen, warum die alte Formel: „Ich weiß nicht, und habe aller Nachforſchungen ungeachtet nicht in Erfahrung gebracht u. ſ. w." in unſerer jetzigen Prozeßordnung abgeändert worden iſt, da ſich dieſelbe als die weit zweckmäßigere bewähren würde. Daß nämlich bei dieſer, im Falle eines wiſſentlich falſch geleiſteten Eides, wegen Meineids dem Schwörenden viel leichter beizukommen iſt, leuchtet von ſelbſt ein. Nach der erſterwähnten Auslegung der jetzigen Eidesformel iſt es aber lediglich dem Gewiſſen und der moraliſchen Bildungsſtufe eines Jeden überlaſſen, dieſen Eid zu leiſten: es kann mithin ein Gewiſſenloſer, in der offenbaren Verhöhnung des Geſetzes, und aller Begriffe des Rechts und der Moral, ungeſtraft ſchwören, daß etwas, was nach der Ueberzeugung Aller ſchwarz iſt, nach ſeiner angeblichen Ueberzeugung weiß ſei. *)

Eichrodt, Rechtsanwalt in Heidelberg.

*) Ueber die Anſchuldigung des Meineids entſcheiden jetzt nach §. 41 Ziff. 30 des Einf.Geſ. vom 5. Februar 1851 (Reggsbl. No. 9 S. 86) Schwurgerichte. Red.

*) Der des Meineids Angeſchuldigte wird dieſes Verbrechens für ſchuldig erklärt, ſobald bewieſen, beziehungsweiſe das urtheilende Gericht überzeugt iſt, §§. 104. 96. 1 des Einf.Geſ. vom 5. Febr. 1851, daß der Schwörende vom Gegentheil deſſen, was er eidlich verſichert hat, zur Zeit, als er ſchwor, überzeugt war. Red.

41.

Iſt der Commiſſionär in Folge der Beanſtandung billiger Anſätze für übliche Auslagen beweispflichtig? §. 362. Pr.O.

Handelsmann Ludwig Kron in Cöln kam mit der Handlung Gebrüder Klopfer in Mannheim wegen Abrechnung über gegenſeitige Frucht- und Oelgeſchäfte in Streit, welcher durch alle Inſtanzen geführt wurde.

Unter Anderem waren auch Anſätze für Kellermiethe, für Aſſekuranz, für Bänderſpeſen, Ausballen zur Ablieferung u. ſ. w. beſtritten.

Der Kläger hatte ſich in der dem Beklagten mitgetheilten Factura 15 Thlr. Kellermiethe für die Zeit berechnet, während welcher er für dieſe Oel zu lagern hatte, und hierzu, wie er ſpäter erläuterte, ſeinen eigenen Keller benützt.

In den hofgerichtlichen Entſcheidungsgründen iſt die Beanſtandung dieſes Anſatzes mit folgender Ausführung zurückgewieſen:

„Der Kläger, deſſen Gewerbe derartige Geſchäfte ſind, und der mit der Factura ſich einen Anſatz für Kellermiethe oder Benützung, was hier der Sache nach einerlei

Digitized by Google

ist, vorbehalten hat, ist ohne Zweifel berechtigt, den Beklagten hiefüe einen Ersatz zu berechnen. Die Letzteren, welche dem Kläger, ihrem Commissionär, den Auftrag gegeben haben, das bei ihm lagernde Oel zu verkaufen, welcher Auftrag sodann auch vollzogen wurde, müssen darnach auch anerkennen, daß Kläger das Oel bei sich selbst oder in den Räumlichkeiten eines Andern liegen hatte; in beiden Fällen sind sie aber verbunden, hierfür die übliche Gebühr zu bezahlen. *)"

Sowohl die Ueblichkeit und Billigkeit dieses Ansatzes, als auch die Thatsache der Versicherung und die Richtigkeit des dafür mit 10 Thlr. 15 Groschen berechneten Auslagebetrags wird von Seiten der Beklagten bestritten; allein auch das großh. Oberhofgericht gab dieser Beanstandung keine Folge und adoptirte die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe zu seinem bestätigenden Urtheil vom 31. August 1858, indem bei der Deliberation erwogen wurde:

Der Handelsmann, welcher einem andern den Auftrag ertheilt, für ihn Waaren zu kaufen, zu lagern und später nach Anweisung wieder zu verkaufen, müsse sich nicht nur die bedungenen Ansätze für Provision, sondern auch die üblichen für Maklerlohn (courtage), Keller- oder Speicherzins, Schwand oder Abgang (decalo) anrechnen lassen. **)

Das Gericht sei dadurch, daß der Gewaltgeber solche Ansätze des Gewalthabers im Allgemeinen beanstandet, nicht genöthigt, auf Beweis zu erkennen, sofern es solche Ansätze nach billigem Ermessen nicht für übertrieben erachte: denn im Handelsverkehr werde auf Treu und Glauben gerechnet, werden für solche herkömmliche, in der Regel durch gleichmäßige Uebung dem Betrage nach festgestellte, verhältnißmäßig unbedeutende, Auslagen und Abgänge keine Belege angeschafft und demjenigen, welcher dem Andern wegen eines Gegenstands im Werthe von Tausenden von Gulden Vertrauen schenkt, komme ein Mäkeln an unbedeutenden Auslageansätzen und Abzugsposten um so weniger zu, als der Hinterleger dem Aufbewahrer nach L.R.S. 1924 sogar über die Hauptsache da auf das Wort glauben müsse, wo diesem keine Urkunden entgegenstehen. Stf.

*) Der Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs enthält in Art. 371 die Bestimmung:

„Der Kommittent ist schuldig, dem Kommissionär zu ersetzen, was dieser an baaren Auslagen oder überhaupt zum Vollzuge des Geschäfts nothwendig oder nützlich aufgewendet hat. Hierzu gehört auch die Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Transportmittel des Kommissionärs und der Arbeit seiner Leute."

**) Nach Art. 376 des Entwurfs eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs ist der Kommissionär, welcher von dem Rechte Gebrauch macht, das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten, zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Unkosten berechnen.

42.

Steht einer Gemeinde, welche das Recht, auf ihrer Gemarkung die Schäferei für eine gewisse Anzahl von Jahren zu betreiben, verpachtet hat, das Vorzugsrecht des L.R.S. 2102 Ziff. 1 auf die Schafe des mit der Zahlung des Pachtzinses säumigen Pächters zu?

Brauer, Erl. IV. Bd. No. 14. S. 131. No. 15. 16. Stabel, Pfandrecht S. 33. 9b.

Diese Frage hat das mittelrheinische Hofgericht bejaht. Die Gründe zu dieser Entscheidung lauten:

„Georg Jakob Speer und Georg Speer haben am 19. Juli 1854 die Gemeindeschäferei zu Richen in öffentlicher Steigerung für einen jährlichen Pachtschilling von 350 fl. zugeschlagen erhalten. Sie traten den Pacht an: allein schon in dem Jahr 1855 auf 1856 blieben sie an dem Pachtschillinge die Restsumme von 150 fl. schuldig; in den drei folgenden Jahren zahlten sie gar nicht, so daß bei dem am 22. Oktober 1859 erfolgten Tode des Georg Jakob Speer die beiden Pächter die Summe von 1200 fl. an die Gemeinde Richen schuldeten. Am 10. November 1859 wurde über die Verlassenschaft des G. J. Speer Gant erkannt. Die Gemeinde Richen meldete die Hälfte ihrer, 1200 fl. betragenden, Forderung in der Gant an, und machte dafür „zugleich das der Liquidantin nach L.R.S. 2102 Z. 1 auf das zur Benützung der Schäferei dienende, in der Masse noch vorhandene, mit Georg Speer gemeinschaftliche, in 167 Mutterschafen und 163 Jährlingen und Lämmern bestehende Schafvieh, beziehungsweise auf den Erlös aus demselben zustehende, Vorzugsrecht in Klasse II. geltend" Die Forderung wurde anerkannt, und auch das Vorhandensein des Schafviehes wurde nicht widersprochen; wohl aber, daß der

Digitized by Google

Anmeldungsklägerin ein in L.R.S. 2102 genanntes Vorzugsrecht zu Gunsten der angemeldeten Forderung zustehe.

Das Gantgericht hielt den geltend gemachten Anspruch auf Vorzugsrecht für unbegründet, und verwies die Forderung in die Klasse V.

Hierdurch erachtet sich die Gemeinde Richen für beschwert, und mit Recht. Denn nach L.R.S. 2102 Z. 1 genießen auf bestimmte Fahrnisse Vorzugsrechte „der Pacht- und Miethzins auf den Ertrag der Ernte des letzten Jahres, und auf den Werth alles dessen, was zur Einrichtung des Miethhauses und des Pachtgutes gehört, so wie alles dessen, was zur Benützung des Pachtgutes dient." (De tout ce, qui sert a l'exploidation de terme.)

Es ist zwar richtig, daß die Schafe nicht zur Einrichtung des Pachtgutes gehören; denn es ist ja kein Gebäude, nicht einmal ein Schafstall mitverpachtet, sondern den Pächtern nur das Recht verliehen, zu bestimmten Zeiten des Jahres mit ihren Schafen die auf der Gemarkung Richen liegenden Feldgüter, und selbst diese nicht ohne Ausnahme zu befahren. Allein die Schafe „dienen zur Benützung des Pachtgutes;" ja sie dienen nicht nur dazu, sondern es ist diese Benützung (die Ausbeutung, l'exploidation) ohne die Schafe geradezu unmöglich.

Als das Pachtgut stellt sich die Schäferei auf der ganzen Gemarkung Richen dar; es fehlt daher auch nicht an den Liegenschaften, die das Objekt des Pachtes bilden. Die der Sichel und der Sense nicht mehr zugänglichen Erzeugnisse derselben werden benützt, indem man sie durch die Schafe abweiden läßt; ohne die Schafe würde deren Benützung verloren sein. Das Gesetz findet daher hier volle Anwendung, indem man dem Pachtschilling für die Schäferei Vorzugsrecht auf die Schafe einräumt.

Wenn man mit Recht für den Pachtschilling Vorzugsrecht gewährt auf eine Heerde Rindvieh, welche auf ein Pachtgut gebracht wird, weil sie zur Benützung desselben dient, indem das Vieh aus den Erzeugnissen des Bodens ernährt wird, und dem Pächter Milch und Fleisch zur eigenen Nahrung, sowie zum Verkaufe bringt, und den Boden des Pachtgutes durch Dünger wieder verbessert, so findet dieses in ähnlichem, wenn nicht in gleichem Maaße bei einer zur Schäferei benützten Schafheerde statt. Die Schafe ernähren sich durch die Erzeugnisse des Bodens, sie bringen dem Pächter Wolle, werden durch die Fütterung tauglich zur Nahrung des Inhabers und zum Verkaufe, und tragen durch den Dünger zur Verbesserung des Bodens bei. Es sind daher bei einer zur Ausübung der Schäferei eingestellten Schafheerde ganz dieselben Verhältnisse vorhanden, unter welchen eine Benützung des Pachtgutes statt findet, wie bei dem auf ein Pachtgut eingestellten Rindvieh. Es ist hier nicht eine analoge Anwendung des Gesetzes auf den vorliegenden Fall, sondern es fällt dieses in Streit gezogene Rechtsverhältniß unmittelbar unter die Bestimmungen des Gesetzes. Man kann die Anwendung nicht deßhalb ausschließen, weil die Gemarkung Richen nicht in ihrer ganzen Ausdehnung, oder nicht ein einzelner, besonders abgegrenzter Theil derselben in seiner ganzen Ausdehnung und ungeschmälerten Benützung das Pachtgut bildet. Denn das Letztere ist, wenn auch nur zeit- und stellenweise, je nach Zeit und Ort, wann und wo die zur Schäferei geeigneten Grundstücke die zur Weide der Schafe bestimmten Erzeugnisse hervorbringen, aber immer auf den Liegenschaften der Gemarkung Richen vorhanden. Aus diesen Gründen u. s. w."

Die also durch den Gerichtshof entschiedene Frage fand indessen auch eine andere Auffassung.

Vorzugsrechte — sagte man — sind Privilegien, wie sie denn das französische Recht vorzugsweise Privilèges nennt, welche als solche, keiner ausdehnenden Auslegung fähig, streng auf den Wortlaut des Gesetzes zu beschränken sind. Die Vorzugsrechte des L.R.S. 2102 Ziff. 1 setzen überall ein Pachtgut voraus, bestehe dieses in einem Gebäude oder einem Grundstück oder einem Gehöfte mit Feldern. Das charakteristische Merkmal der Pacht und Miethe besteht darin, daß dem Beständer Innehabung und Genuß des verpachteten Gegenstandes gewähret wird. L.R.S. 1709. 1717. 1719. Das Recht des Pächters besteht bei Gebäuden im Bewohnen und Gebrauchen, bei Grundstücken (Gärten, Feldgütern) im Bebauen und Einernten des Ertrags. L.R.S. 1752 und folgd., 1763 und folgd.

Bei Pacht und Miethe wird vorausgesetzt, daß der Beständer in die Gebäude, in das Gehöfte Fahrnisse, Geräthschaften, Vieh u. dergl. einbringe, wie es zur Einrichtung eines Gebäudes und zur Bewirthschaftung eines Feldgutes gebräuchlich und nothwendig ist. L.R.S. 1752. 1766. Bei beiden Arten des Bestandes geht der Gesetzgeber von dem Gedanken aus, daß durch diese Inlaten und Inwekten dem Bestandgeber eine Sicherheit gewähret werde, und gestattet ihm darum Auflösung des Vertrags,

Digitized by Google

wenn der Beständer das Bestandgut nicht mit diesen Fahrnissen ausstaffirt.

Nach Brauer (Bd. IV. No. 16. S. 134) ruht der Grund des Vorzugsrechtes des L.R.S. 2102 auf dem Gedanken des Gesetzgebers, daß, was der Beständer inne habe (insoweit dies in einer gewissen Beziehung zu dem Bestandgute stehe), auch mittelbar in der Innehabung des Bestandgebers sich befinde, und er daher berechtigt sei, alle anderen Gläubiger, welchen diese Innehabung nicht zukommt, mit ihrem Zugriffe auf diesen Theil des Vermögens des gemeinschaftlichen Schuldners zurückzuweisen, bis er selbst befriedigt ist.

Wendet man diese Sätze auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich, daß der Gemeinde Richen kein Vorzugsrecht an den Schafen des Schäfereibeständers zusteht. Die Gemeinde Richen hat kein Gut, keine Liegenschaft*), weder ein Feldgut, ein Grundstück im engeren Sinne, noch ein Gebäude verpachtet, sondern nur ein vorübergehendes Recht in Bestand**) gegeben. Auch nicht der kleinste Theil der Gemarkung Richen darf von dem Schäfer bebaut, geerntet werden. Es fehlt ganz und gar an einem Gegenstand, welcher einer „Einrichtung," einer „Benutzung" im Sinne des Gesetzes empfänglich wäre. Unter Benutzung, „exploitation," kann nicht verstanden werden, daß man irgend einen Vortheil ziehe, sondern unter dem Satze „was zur Benützung des Pachtgutes dient," müssen alle diejenigen Gegenstände: Vieh, Geräthschaften verstanden werden, welche zur Bewirthschaftung und Ausbeutung des Pachtgutes dienlich und nothwendig sind.

Das Pachtobjekt ist nicht die Gemarkung Richen, noch irgend ein Theil derselben. Der Pachtgegenstand ist die Schäferei: allein nicht einmal das Schäfereirecht als ein liegenschaftliches Recht, wie es früher vor dem Gesetze vom 31. Juli 1848, welches in §. 40 die Bestellung eines Weiderechts als Dienstbarkeit verbietet, bestand, sondern als ein persönliches, nur auf eine Reihe von Jahren dem Pächter eingeräumtes Recht. Wenn nun der Pächter die Befugniß nicht hat, irgend einen Theil der Gemeindegemarkung zu bebauen, in irgend einer Weise diese Liegenschaften selbstständig zu benützen, so kann man auch nicht sagen, daß die Schafe zur Benützung des Pachtgutes dienen. Die Schafe werden nicht dazu benützt, daß das Pachtgut diesen oder jenen Ertrag liefere; sie werden dazu benützt, daß der Ertrag, welchen die Liegenschaften überhaupt gebracht haben, nicht verloren geht. Allein nicht der Schäfereibeständer ist es, welcher diesen Ertrag erzielt hat, sondern der Schäfereibestandgeber. Der Letztere ist es daher, welcher sich der Schafe zur Weide bedient, nicht der Beständer. Der Beständer benützt vielmehr Gras, Klee u. s. w., die Erzeugnisse der Liegenschaften zur Hervorbringung [illegible] in Wolle, und Vermehrung so wie Mastung der Schafe bestehenden Ernte. Es ist daher gerade das umgekehrte Verhältniß zu dem, was das Gesetz unter den Worten versteht: „so wie alles dessen, was (aller der Gegenstände welche) zur Benützung des Pachtgutes dienen." Die Schafe werden nicht benützt zur Ausbeutung des Pachtgutes, sondern das angebliche Pachtgut wird benützt für die Schafe.

Ist nun kein Pachtgut im Sinne des Gesetzes vorhanden, werden die Schafe nicht zur Ausbeute des angeblichen Pachtgutes benützt, so fehlt es auch vor Allem noch an einer Innehabung der Schafe durch den Verpächter. Von einer Einrichtung des Pachtgutes, von Inventen und Inventen, wie sie die L.R.Sätze 1752. 1766. voraussetzen, kann man hier, wo der Beständer nicht in der Innehabung auch nur des kleinsten Theiles des angeblichen Bestandgutes ist, offenbar nicht sprechen.

*) Zachariä Bd. II. §. 261. „Ein Pacht- und Vorzugsrecht dieser Art haben 1) das Pacht- und Miethgeld für verpachtete oder vermiethete Liegenschaften." Ebenso Stempf, Handwerfahren, §. 32.

**) Es läßt sich hier wohl mit Grund fragen, ob ein Bestand-Vertrag im engeren Sinne des Wortes vorliege, da hier nach S. 1709 „Innehabung und Genuß" (Zachariä §. 363 „eine Liegenschaft, deren Gebrauch der eine Theil dem andern überläßt"), eben so wenig, als Gebrauch, mag man dieses Wort noch so weit deuten, dem angeblichen Pächter überlassen worden ist. Man liest sehr oft die Ankündigung: „Es wird das Gras an den Chausseegräben und Rainen für diesen Sommer verpachtet." Ist dies ein Pacht? Nein, es ist ein Hoffnungskauf. (Zachariä §. 351 III. „Früchte, die erst wachsen sollen.") Pachtet der Schäfereibeständer in dem hier zur Sprache gebrachten Vertrage etwas Anderes, als das Gras, den Klee u. s. w., was er zu gewisser Zeit und auf gewissen Liegenschaften hinwegnehmen darf? und ist ein wesentlicher Unterschied darin enthalten, daß dort das Gras mit der Sichel, hier mit dem Maule der Schafe vom Boden hinweggenommen wird? Der ganze Unterschied zwischen beiden Verträgen bestand darin, daß der Schäfer nicht nur das Recht hat, Schafe auf die Liegenschaften zu führen, sondern auch diese Pflicht hat. Dadurch mag diesem Vertrage zwar die wesentliche Eigenschaft eines Hoffnungskaufes entgehen, allein die wesentlichen Eigenschaften eines Bestandvertrages, zu dessen Gunsten das Vorzugsrecht des L.R.S. 2102. 1 gegeben ist, erlangt er dadurch nicht.

Digitized by Google

Die Anwendung des L.R.S. 2102 Ziff. 1 auf den vorliegenden Fall könnte daher nur, wegen der Aehnlichkeit eine analoge sein. Eine solche ist aber, wie zu Anfang der Ausführung gezeigt wurde, unzulässig.

Ottendorf.

43.

Bürgschaft.

Der Bürge kann daraus, daß der Gläubiger gegen den Hauptschuldner einen Schiedsspruch erwirkt hatte, wenn dieser für nichtig erklärt ist, die Einrede der Rechtshängigkeit nicht ableiten.

Wenn über die Forderung ein Rechtsstreit zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner nicht anhängig ist, so kann der Bürge nicht verlangen, daß der Gläubiger die Forderung zuerst gegen den Hauptschuldner feststelle.

Die Einrede der Vorausklage kann in zweiter Instanz nicht nachgebracht werden. L.R.S. 2022. §. 1172. Ziff. 1 Pr.O.

Der Bürge darf Gegenforderungen des Hauptschuldners gegen die Forderung des Gläubigers wettschlagen. L.R.S. 2036.

Der Bürge für eine verzinsliche Schuld hat doch die Zinsen derselben zu zahlen, wenn er dies auch nicht besonders zugesagt hat. L.R.S. 2016.

Seuffert, Archiv, Bd. 14. Ziff. 30. S. 42.
Annalen XVIII. (1851.) No. 2. III. S. 10–12.

Die Handelsgesellschaft, welche zwischen C. L. Heinz und Julius Hutmacher zum Betrieb einer Bijouteriefabrik bestanden hatte, wurde mit beiderseitiger Einwilligung am 17. April 1858 aufgelöst und in dem darüber aufgenommenen Acte bestimmt, daß Hutmacher als Abfindung für alle seine Ansprüche die Summe von 7300 fl. erhalten und diese theils durch Wechsel, theils durch Bijouteriewaaren, theils durch baare Terminzahlungen getilgt werden solle. Für letztere machte sich Adolf Heinz als Bürge verbindlich und wurde derselbe auf die von J. Hutmacher gegen ihn erhobene Klage in beiden vordern Instanzen zur Zahlung des an jenen Terminen noch restirenden Betrags verurtheilt.

Die hiergegen vom Beklagten erhobenen Beschwerden hielt das großh. Oberhofgericht nicht für begründet, und sprach sich hierüber in den Gründen zu seinem Urtheil vom 25. April 1861 — wie folgt — aus:

„Die erste derselben betrifft den Einwand, daß von einer Klage gegen ihn als Bürgen noch keine Rede sein könne, weil der früher von dem Kläger gegen den Hauptschuldner erwirkte Schiedsspruch als nichtig aufgehoben und seither die klägersche Forderung nicht durch einen andern rechtskräftigen Schiedsspruch festgestellt worden sei.

Dieser Einwand ist jedoch verwerflich und zwar, insoweit damit die Einrede der Rechtshängigkeit vorgeschützt werden wollte, aus dem Grunde, weil über die eingeklagte Forderung zwischen dem Kläger und Hauptschuldner dermalen gar kein Rechtsstreit vor einem Schiedsgerichte mehr anhängig ist. Insoweit aber daraus etwa die Einrede abgeleitet werden könnte, daß die Ersatzklage überhaupt gegen den Bürgen nicht stattfinde, insolange nicht die Hauptforderung selbst liquid gestellt sei, ist derselbe gleichfalls unbegründet, weil nach dem L.R.S. 2021, verglichen mit den darauf folgenden Sätzen 2022 und 2023 der Gläubiger berechtigt ist, sich alsbald an den Bürgen zu halten, wenn der Hauptschuldner nicht zahlt und jenem nur die, den Bestimmungen des L.R.S. 2023 entsprechend zu begründende, Einrede der Vorausklage, sowie die im L.R.S. 2036 bezeichneten Einreden vorbehalten bleiben.

Die Einrede der Vorausklage hatte nun zwar der Beklagte in 1. Instanz vorgeschützt, jedoch wieder darauf verzichtet; demungeachtet ist er in zweiter Instanz darauf zurückgekommen und hat solche in anderer Weise zu begründen versucht. Allein da jene Einrede eine verzögerliche ist, und deßhalb zufolge des §. 1172. Ziff. 1 der Pr.O. in zweiter Instanz nicht neu begründet werden durfte, da ferner auch nach L.R.S. 2022 dieselbe im ersten Rechtsverfahren erhoben werden muß, so hat das großh. Hofgericht dieselbe mit Recht nicht berücksichtigt.

Außer den vorerwähnten Einreden, durch welche die Abweisung des Klägers zur Zeit bezweckt wurde, hat der Beklagte auch gegen den Anspruch

Digitized by Google

selbst eine Einrede vorgetragen, dahin gehend, daß der Hauptschuldner Gegenansprüche an den Kläger zu machen habe.

Diese Einrede, welche nach L.R.S. 2036 wohl zulässig gewesen wäre, hat der Beklagte jedoch nicht thatsächlich begründet, vielmehr ausdrücklich erklärt, daß er dies nicht vermöge — er ist deßhalb durchaus nicht beschwert, wenn in der vordern Instanz obiges Vorbringen keine Berücksichtigung fand.

Die Beschwerde, daß der Beklagte für schuldig erklärt wurde, vom jeweiligen Verfalltage der Termine an Zinsen zu 6 pCt. zu bezahlen, ist nach Ansicht des L.R.S. 2016 und des Anhangsatzes 109c in Verbindung mit L.R.S. 1907a ebenfalls unbegründet ꝛc.

Stf.

44.

Zur Anwendung des Sportelgesetzes.

Mit Erlaß des großh. Hofgerichts des Seekreises vom 10. Dezember 1859 No. 6056, die Sportelvisitation bei dem Amtsgerichte Bl. betr. *) wurde unter Anderm ausgesprochen:

1) Unbedingte Befehle, welche auf den Grund eines Anerkenntnisses der Verbindlichkeit erlassen werden, sind nicht zu sportuliren (vergl. auch Annalen 1859. S. 8).

2) Es waren 160 fl. eingeklagt, davon aber nur 112 fl. 40 kr. bestritten und war vom Beklagten die Abweisung des Klägers mit der Zuvielforderung begehrt. Deßhalb hatte nicht nur die Beweisauflage nur den Betrag von 112 fl. 40 kr. zum Gegenstand, sondern auch das Endurtheil als solches, d. h. als Entscheidung über den Gegenstand des Streits erstreckte sich nur über diesen Betrag, während es bezüglich des weitern unbestrittenen Betrags nur eine Zahlungsauflage nach §. 333 der Pr.O. enthält. Es waren sonach anzusetzen für Beweisauflage 40 kr. und für Endurtheil 2 fl.

3) Nur ein Erkenntniß, wodurch der erwirkte Sicherheitsarrest nach gepflogenen Verhandlungen wieder aufgehoben wird (nicht aber wenn auf Antrag des Arrestklägers die Aufhebung verfügt wird), ist nach §. 34 des Sp.G. zu sportuliren.

4) Die Verfügung, wornach zufolge unterlassener Erklärung eines Adcitaten die bezüglichen Thatsachen für zugestanden, die Schutzreden für versäumt und die Eide für verweigert erklärt werden, ist nach Wortlaut und Inhalt ein Versäumungserkenntniß, und nach §. 32. Abs. 2 mit 30 kr. zu sportuliren.

5) Wurde Beklagter mit seinen Beweismitteln für die Einrede durch Erkenntniß ausgeschlossen und sofort durch Urtheil nach dem Klagbegehren erkannt, so ist das Versäumungserkenntniß nicht besonders zu sportuliren.

6) Die der Bitte um öffentliche Warnung vor dem Erwerb abhanden gekommener Interimsscheine entsprechende Verfügung ist keine rechtspolizeiliche, daher nach §. 2 des Sp.G. sportelfrei.

7) Die Aufhebung einer sportelpflichtigen und deßhalb sportulirten Verfügung auf erhobene Einsprache hat nicht auch die Abgangsdecretur der für die aufgehobene Verfügung angesetzten Sportel zur Folge.

8) Bezüglich des Postporto wurde bemerkt, man theile die Ansicht des Amtsgerichts, daß die Versendung von Acten und Protocollen (Testamente, Beurkundungen, Theilungsakten ꝛc.) zwischen Amtsgerichten und Amtsrevisoraten als Parteisachen zu behandeln und nicht portofrei sind.

Pfr.

*) Es wäre zur richtigen und gleichförmigen Anwendung des Sportelgesetzes gewiß sehr ersprießlich, wenn das Ergebniß der, zufolge der Sportelvisitation gemachten Erörterungen, soweit es sich auf zweifelhafte Fragen bezieht, jeweils der Oeffentlichkeit übergeben würde.

D. E.

45.

Anspruch einer Gemeinde an den großh. Domainenfiskus wegen Anschaffung von Schulbedarfgegenständen.

Das oben unter Ziff. 17 der No. 6 S. 45 — 47 mitgetheilte Urtheil des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises wurde durch Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 13. Juni 1861 bestätigt.

Die

Entscheidungsgründe

lauten:

Das Begehren der Klage „den beklagten Fiskus als Rechtsnachfolger der ehemaligen geistlichen Verwaltung Hochberg für schuldig zu erklären, für die Volksschule zu Emmendingen beständig die jeweils für nöthig erkannten Schulrequisiten, und für den Augenblick in die

Digitized by Google

Mädchenschule einen Katheder oder Tisch und Stuhl erhöht, so wie Rollvorhänge anzuschaffen wird gestützt auf die Behauptung der ausdrücklichen sowohl, als durch konsequente Handlungen ausgedrückten Anerkennung einer unbeschränkten Leistungsverbindlichkeit seit unvordenklichen Zeiten von Seiten der früheren Verwaltung, wie des Beklagten, welch letzterer überdies neuerer Zeit durch rechtskräftige Urtheile für den Bauherrn des Volksschulhauses erklärt worden sei, so daß auch die Bestimmungen des Baueditts auf vorliegenden Fall Anwendung erleiden.

Mit Recht hat jedoch der Richter der vordern Instanz die Klage — als jedes Rechtsgrundes entbehrend — verworfen. Leistungen an und für sich, ohne selbst der Ausfluß einer Rechtsverbindlichkeit zu sein, sind lediglich Sache der freien Willkühr im Sinne der L.R.S.S. 2232. 2232 a, und als solche nicht geeignet, ein Rechtsverhältniß zu begründen; es kann somit auch weder von einer durch solche Leistungen ausgedrückten Anerkennung, noch auch von einem damit zu begründenden Verführungstitel einer Rechtsverbindlichkeit die Rede sein.

Ebensowenig ist aber auch ein ausdrückliches Anerkenntniß in der Regel, einen Rechtstitel zu begründen, geeignet, zumal hier, wo die Klage jene Behauptung nach Art, Zeit und Personen nicht näher thatsächlich begründete, und dies auch bis in die dritte Instanz nicht geschah, so daß mit Sicherheit angenommen werden darf, daß die Klägerin damit keine wörtliche, sondern nur eben eine durch Leistungen ausgedrückte Anerkennung verstanden hat.

Was nun insbesondere noch die behauptete Anwendbarkeit des Baueditts betrifft, so erscheint diese Anwendbarkeit schon vermöge der Bestimmung des Baueditts: „Die Verbindlichkeit zu Kirchen- und Schulbaulichkeiten gewissen Regeln zu unterwerfen," sowie vermöge seiner — die Schule insbesondere betreffenden — §§. 23 und 24, welche nicht, wie die §§. 7 und 13 bezüglich der Kirchen, gewisse Theile der inneren Einrichtungsgegenstände des Gebäudes hinsichtlich der Anschaffungspflicht an die Bauverbindlichkeit oder ein diese begründendes Baufactum knüpfen, nicht begründet; es findet dies aber noch ferner seine Bestätigung in den §§. 79. 80 des Schulgesetzes vom 28. Aug. 1835. Indem nämlich der erstere Paragraph die Verbindlichkeit zum Bauen des Schulhauses ins Auge faßt, und vorzugsweise den durch die §§. 1 und 2 des Baueditts bestimmten Bauherrn als den auch hier Verpflichteten bezeichnet, handelt der §. 80 jenes Gesetzes von der Anschaffung der zur Einrichtung der Schulzimmer erforderlichen Geräthschaften und anderer Bedürfnisse, ohne auch hier der Anwendbarkeit der Vorschriften des Baueditts Erwähnung zu thun, was — wenn der Gesetzgeber den Bauherrn als solchen auch hiefür verpflichtet wissen gewollt hätte — um so gewisser hätte geschehen müssen, als — wie erwähnt — das Baueditt eine Verbindlichkeit, wie sie dessen §§. 7 und 13 bezüglich der Kirchen feststellt, hinsichtlich der Schulgebäude nicht enthält.

Das Urtheil des großh. Hofgerichts, auf dessen Entscheidungsgründe sich im Uebrigen bezogen wird, mußte hiernach bestätiget, bezüglich der Kosten aber nach Ansicht des §. 168 d. Pr.O. erkannt werden, wie geschehen.

Stf.

46.

Zum §. 955 der bürgerlichen Prozeßordnung.

Einem Schuldner wurden zur Vollstreckung zwei Ochsen gepfändet, ihm aber unter urkundlicher Eröffnung des §. 71 d. D.O. im Besitze belassen. Der Gläubiger ertheilte wiederholt Ausstand. Als es endlich zur Versteigerung kommen sollte, hatte der Schuldner die Ochsen veräußert und entschuldigte sich deßhalb nur damit, daß er aus dem Erlös dem Gläubiger eine Abschlagszahlung gemacht und darauf wieder weitere unbestimmte Frist erhalten habe. Er besaß jedoch noch anderes hinreichendes Vermögen zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers.

Es ward gegen den Schuldner eine Amtsgefängnißstrafe von 8 Tagen erkannt unter Beifügung folgender

Gründe:

In Erwägung, daß laut Zugeständniß des B. B. und Inhalt der vorliegenden Akten demselben am 22. Sept. v. J. 2 Ochsen für eine Forderung des A. W. gepfändet und ihm dabei gemäß §. 955. Abs 2 P.O. und §. 71 D. O. deren unversehrte Erhaltung bei Vermeiden der gesetzlichen Strafe urkundlich aufgegeben worden war.

(Schluß folgt.)

Redacteur Obergerichtsrath Stemmler. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. **Band XXVII.** **No. 16.**

(Schluß von Art. 46.)

In Erwägung, daß Schuldner nach seinem Zugeständniß und der Anzeige des Gerichtsvollziehers demungeachtet diese Ochsen veräußert hat, sich aber laut Beurkundung des Gerichtsvollziehers noch im Besitze hinreichender anderer Vermögensstücke zur Deckung des Gläubigers befindet, folglich nur die Strafbestimmung der bürgerl. Pr.O. §. 955 Abs. 3 zur Anwendung kommt;

Aus diesen Gründen u. s. w.

Auf ergriffenen Rekurs hat jedoch das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises dieses Erkenntniß dahin abgeändert:

daß B. B von der Anschuldigung der widerrechtlichen Veräußerung zweier gepfändeten Ochsen und von den Kosten des Strafverfahrens freizusprechen sei;

und zwar aus folgenden Gründen:

„In Anbetracht, daß der Angeschuldigte durch die vom Kläger erfolgten vielen Fristgewährungen zu der Meinung veranlaßt worden sein kann, daß er durch den Verkauf der gepfändeten Ochsen nichts Unerlaubtes vornehme, und zwar um so weniger, als dem Kläger ein Theil des Erlöses ausgefolgt wurde;

In Erwägung ferner, daß den Angeschuldigten bei Vornahme seiner Handlung keine betrügerische Absicht begleitete und der Verkauf nicht zum Nachtheil des Gläubigers geschehen, da der Angeschuldigte anderweites Vermögen besitzt, aus dem der Gläubiger vollends befriedigt werden kann;

Aus diesen Gründen u. s. w.

Gegen die Richtigkeit dieser hofgerichtlichen Entscheidung dürften im Hinblick auf klare Gesetze erhebliche Zweifel begründet sein; denn

1) wird hier (Abs. 1 der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe) dem Schuldner gegen den §. 73 des St.G.B. ein Rechtsirrthum *) zu Gute gehalten, in welchem er sich um so weniger befinden konnte und durfte, als ihm bei der Pfändung die Bestimmung des §. 71 der D.O. urkundlich eröffnet worden war; und

2) könnte nach der hofgerichtlichen Theorie (Abs. 2 der Entscheidungsgründe) der §. 955 Abs. 3 der bürgerlichen Pr.O. niemals zur Anwendung kommen, da hiernach ein Schuldner, welcher Pfandobjekte veräußerte, nur entweder nach §. 462 des St.G.B. wegen Betrugs oder gar nicht zu bestrafen wäre.

Etwas „Widerrechtliches" ist die Veräußerung eines gepfändeten Gegenstandes durch den Schuldner — unter den Voraussetzungen des §. 71 der D.O. — wohl immer, und gerade für den Fall, wo die Widerrechtlichkeit nur in der Nichtrespektirung des gerichtlichen Aktes der Pfändung besteht, ist eben die Strafbestimmung des §. 955 der bürgerlichen Pr.O. gegeben **); die praktische

*) Der Gerichtshof hat bei dem Angeschuldigten sicherlich nicht die Meinung, daß er, obwohl die Pfändung noch fortwirke, zur Veräußerung befugt sei und damit einen Rechtsirrthum, sondern allem nach einen thatsächlichen Irrthum, nemlich die Ansicht angenommen, daß der Gläubiger durch die wiederholte Ertheilung eines Anstandes seinen Anspruch auf Fortsetzung des Pfändungsverfahrens aufgegeben habe.

Diese Annahme ist aber zweifellos gerechtfertigt; ja man wird noch einen Schritt weiter gehen und behaupten können, daß in der Bewilligung eines Anstandes wegen der Schuld, für welche die Vollstreckung verfügt und eingeleitet wurde, ohne gleichzeitige Bestimmung eines angemessenen Zahlungstermins stets auch ein Verzicht auf das bisherige Vollstreckungsverfahren liegt. — R.

**) Die Strafe des §. 955 Abs. 3 der bad. Pr.O. wird schon dadurch verwirkt, daß der Eigenthümer eines bei ihm gepfändeten und gemäß dieser Gesetzesstelle (cf. §. 71 der D.W.) mit der Auflage, für unversehrte Erhaltung bei Strafe persönlicher Haft zu sorgen, in seinem Besitz gelassenen Fahrnißstückes, dasselbe veräußert oder sonst dem Vollstreckungsverfahren entzieht, ohne daß auch eine betrügerische Absicht und Benachtheiligung des Gläubigers, welcher die Vollstreckung erwirkte, erforderlich wäre. Doch kann als Grund für strenge Handhabung dieses Paragraphen der Pr.O. nicht auch der Umstand angeführt werden, daß der Mangel von Pfandlokalen vielfach die Belassung von Pfandobjekten in dem Besitz der Schuldner veranlasse, weil dafür zu sorgen ist, daß solche Lokale eingerichtet werden und wenn in einer Gemeinde ein solches gleichwohl nicht vorhanden sein sollte, diejenigen Pfandstücke, welche nicht wegen ihrer Beschaffenheit dem Schuldner zu belassen, oder unter Gemeindesiegel zu legen sind, stets in das Pfandlokal einer anderen Gemeinde oder an den Amtssitz gebracht werden müssen (§. 69 d. D.W.) R.

Digitized by Google

Aufrechterhaltung dieses Gesetzes ist aber deßhalb besonders wichtig, weil bei dem Landvolke die Achtung vor dem gerichtlichen Pfändungsakte erfahrungsgemäß im Allgemeinen sehr gering ist, und die gepfändeten Gegenstände theils wegen Mangels von Pfandlocalen, theils wegen ihrer Beschaffenheit den Schuldnern regelmäßig in Besitz und Verwahr gelassen werden müssen.

Gerbel.

47.

1) Bezüglich der Erbrechte nordamerikanischer Staatsbürger in Baden gilt nur der Grundsatz der Gegenseitigkeit.
2) Anerkennung eines natürlichen Kindes vor einem würtembergischen Standesbeamten und Legitimation desselben durch nachgefolgte Ehe.

In Sachen
der Erben des Büchsenmachers Daniel Wissert von Endingen, nämlich
1) des Daniel Wissert Sohn,
2) der minderjährigen Maria Wissert, unter Vormundschaft ihrer Mutter Daniel Wissert Wittwe, Elisabeth gebornen Kunz, beziehungsweise des vormundschaftlichen Beistandes, Xaver Seilnacht,
3) der Daniel Wissert Wittwe, Elisabeth geb. Kunz, in Endingen,

gegen

Pantaleon Bubs Ehefrau, Maria Anna Wissert von Endingen,

Erbrecht und Theilung betr.

1) bestritt die Beklagte, daß Daniel Wissert hinsichtlich der zur Verlassenschaft seines Vaters gehörigen Liegenschaften erbberechtigt sei, und zwar aus dem Grunde, weil jener im Jahre 1851 wegen eigenmächtiger Entfernung aus seinem Heimathsorte des Staatsbürgerrechts für verlustig erklärt und dadurch im Verhältniß zum Großherzogthum Baden ein Fremder geworden sei, deßhalb nach den L.R.S. 726 und 11 nur dann an den Liegenschaften miterben könnte, wenn durch einen völkerrechtlichen Vertrag mit dem Staate, in welchem er sich niedergelassen, dessen Angehörigen ein solches Erbrecht im Großherzogthum eingeräumt worden wäre, weil nebstdem, wenn dazu ein Staatsvertrag nicht nothwendig, sondern nur Beobachtung der Gegenseitigkeit erforderlich sein würde, Daniel Wissert nicht einmal behaupte, daß er in Nordamerika sich in einem Staate niedergelassen habe, in welchen den Ausländern ein gleiches Erbrecht wie das beanspruchte, zustehe.

Das großherzogliche Amtsgericht Kenzingen erkannte aber am 30. April 1860:

„Der Kläger Daniel Wissert Sohn sei zur Erbschaft in die Liegenschaften des verstorbenen Büchsenmachers Daniel Wissert in Endingen zuzulassen, und des Letzteren Nachlaß sei demzufolge in der Weise unter den Klägern und der Beklagten zu theilen, daß dem Daniel Wissert Sohn sein Erbtheil an der gesammten liegenden und fahrenden Habe zugeschieden wird; —

und dieses Urtheil wurde in beiden obern Instanzen, von großh. Oberhofgerichte am 17. Mai 1861 aus folgenden

Gründen

bestätigt:

Abgesehen davon, ob daraus, daß der L.R.S. 726 am Schluß auf den L.R.S. 11 verweist, ohne Rücksicht darauf, daß in seinem ersten Theil bezüglich der Erbrechte der Ausländer der Grundsatz der Gegenseitigkeit aufgestellt wird, die Folgerung abgeleitet werden kann, daß nur durch Staatsvertrag den Ausländern Erbrechte verliehen werden können, so besteht bezüglich der Angehörigen der nordamerikanischen Staaten im Großherzogthum Baden eine specielle Bestimmung, daß es keines solchen Vertrags bedarf. Es bestimmt nämlich die Verordnung vom 26. August 1817, welche vor der landständischen Verfassung als höchste landesherrliche Entschließung im Regierungsblatt verkündet wurde, und demnach Gesetzeskraft hat, unter Ziff. 2, daß bezüglich der Erbrechte nordamerikanischer Staatsbürger in Baden lediglich nur der Grundsatz der Gegenseitigkeit gelten soll.

Nun hat allerdings Daniel Wissert bei den Verhandlungen in dem gegenwärtigen Prozesse nicht behauptet, daß er sich in einem Staate niedergelassen habe, wo Ausländer hinsichtlich der Erbfolge in Liegenschaften den Inländern gleichgestellt sind, er sucht vielmehr auszuführen, daß es darauf nicht ankomme, weil er durch den nach seiner Entfernung im Jahr 1851 genommenen Aufenthalt in Nordamerika sein mit der erhobenen Klage beanspruchtes Erbrecht nicht verloren habe, sondern in dieser Beziehung immer noch wie ein Angehöriger des Großherzogthums Baden behandelt werden müsse.

Digitized by Google

Allein jener Mangel in der thatsächlichen Klagbegründung ist nicht von Erheblichkeit, wenn man, wie dies geschehen muß, den ganzen Inhalt der auf die Klage gepflogenen Prozeßverhandlungen, namentlich die von der Beklagten hinsichtlich der Niederlassung des Daniel Wissert in Amerika abgegebenen Erklärungen mit in Betracht zieht. Darnach hat nämlich die Beklagte selbst den nordamerikanischen Staat Massachusetts zuerst als den Ort bezeichnet, wo Daniel Wissert zur Zeit des Erbanfalls sich niedergelassen und verheirathet hatte, sodann in zweiter Instanz als dessen damaligen Wohnsitz den Staat Michigan angegeben. In diesen beiden Staaten sind aber nach den von großherzoglichem Justizministerium erlassenen öffentlichen Bekanntmachungen Ausländer rücksichtlich des Erbrechts in Liegenschaften den Einheimischen völlig gleichgestellt und zwar in beiden schon lange vor dem Tode des Vaters der Parteien, um dessen Verlassenschaft es sich in dem gegenwärtigen Rechtsstreite handelt. *)

Wenn nun in den vordern Instanzen die unter den Parteien streitige Frage nach den eigenen thatsächlichen Erklärungen der Oberappellantin beurtheilt wurde, wenn ferner nach diesen Erklärungen Daniel Wissert zur Zeit der Erbschaftseröffnung in einem derjenigen nordamerikanischen Staaten ansässig war, in welchem nachgewiesener Maaßen den badischen Staatsangehörigen ein gleiches Erbrecht, wie das von jenem Mitkläger beanspruchte, zusteht, so ist die Beklagte, da — wie oben gezeigt — der fragliche Anspruch lediglich nur von der Gegenseitigkeit abhängt, **) dadurch nicht beschwert, daß solcher für begründet erkannt worden ist.

2) Der zweite Streitpunkt betraf die Erbansprüche der im Jahr 1855 geborenen Maria Wissert.

Die Beklagte bestritt nämlich, daß diese als ein durch nachgefolgte Ehe des Erblassers mit Elisabetha Kunz ehelich gemachtes Kind zu betrachten und zu dem Erbtheil eines ehelichen Kindes berechtigt sei.

In erster Instanz wurden zwar die Kläger mit dem Begehren, die Klägerin Maria Wissert sei als ein durch nachfolgende Ehe legitimirtes Kind zu erklären, und deßhalb in den vollen Erbtheil eines ehelichen Kindes einzusetzen, abgewiesen.

Allein dieser Theil des amtsgerichtlichen Urtheils wurde von großherzoglichem Hofgericht des Oberrheinkreises am 3. Dezember 1860 dahin abgeändert:

> daß Maria Wissert als ein durch nachgefolgte Ehe ihrer Eltern ehelich gemachtes Kind des verstorbenen Büchsenmachers Daniel Wissert zu erklären und folglich in der vorzunehmenden Erbtheilung ihr der volle Erbtheil eines ehelichen Kindes zuzuscheiden sei —

und auf die von der Beklagten ergriffene Oberberufung wurde von großh. Oberhofgerichte das hofgerichtliche Urtheil unter Verfällung der Oberappellantin in die Kosten des dritten Rechtszuges am 17. Mai 1861 bestätigt.

Gründe.

Bezüglich jener Mitklägerin mußte nach L.R.S. 331 allerdings der Beweis geführt werden, daß dieselbe von dem Erblasser und seiner zweiten Ehefrau Elisabetha Kunz als ein von ihnen erzeugtes Kind vor der Heirath in gesetzmäßiger Weise anerkannt worden ist. Dieser Beweis wurde aber auch durch den vorgelegten Geburts- und Taufschein und einen Auszug aus dem Familienregister des königl. württemb. katholischen Pfarramts in Lauterbach vollständig erbracht.

Nach ausdrücklicher Bestimmung des L.R.S. 47 haben nämlich die Beurkundungen über den bürgerlichen Stand, welche im Ausland gefertigt wurden, auch wenn sie einen Inländer betreffen, volle Beweiskraft, sofern dieselben in der dort landüblichen Form abgefaßt sind.

Bezüglich des Eintrags in dem Familienregister dahin lautend:

> „Der Elisabetha Spuria: Maria geb. am 27. März 1855 in Endingen in Baden. Als Vater dieses Kindes Maria bekennt sich mit eigenhändiger Unterschrift und will, daß das Kind seinen Namen führe.
>
> Lauterbach, den 5. Dez. 1857.
>
> Daniel Wissert, Büchsenmacher in Endingen.
>
> T. Pfarrer Schub,"

behauptet nun zwar die Beklagte, daß das Pfarramt zur Aufnahme dieser Anerkennungsurkunde nach württembergischem Rechte nicht zuständig gewesen sei. Allein das Gegentheil ergibt sich, wie das großh. Hofgericht mit Recht angenommen hat, theils aus der in seinen Entscheidungs-

*) Wegen Massachusetts s. Just.M.Erl. vom 28. November 1859 No. 7757. Centr. Ver.O.Bl. No. 15. S. 76.
Wegen Michigan Just.M.Erl. vom 10. März 1847. No. 1908. Ver.O.Bl. des M.Rh.Kr. No. 13. S. 43.

**) Vergl. Stabel, Einleitung in das Civilrecht §. 17. S. 66. 1.

Digitized by Google

gründen angeführten Beurkundung des kön. würt. Oberamts Oberndorf, theils aus den von dem Beklagten selbst angerufenen würt. Verordnungen.

Durch Letztere wird auch das weitere Vorbringen der Beklagten, daß die würtembergischen Pfarrämter Einträge obiger Art nur in Folge von Mittheilungen der amtlichen Behörden über die Vaterschaft vornehmen, und daß die Anerkenntnisse nur in die Geburtsregister eingetragen werden dürften, widerlegt, indem nach der Verordnung vom 1. Dezember 1825 die Pfarrämter Vaterschaftsanerkenntnisse auch ohne jene Mittheilungen eintragen sollen, wenn jene vor dem Pfarramte selbst abgegeben werden, und nach der Verordnung vom 15. Sept. 1836 die Anerkenntnisse auch in einer besondern Urkunde aufgenommen werden können, als eine solche Urkunde aber der Eintrag im Familienregister vom 5. Dez. 1857 zweifellos angesehen werden muß.

Die Beklagte behauptet ferner, daß wenn auch die Beurkundungen des Pfarramts in Lauterbach nach würtembergischem Rechte genügten, denselben doch in Baden keine rechtliche Wirksamkeit beigemessen werden könne, weil nach badischem Gesetz, nämlich nach L.R.S. 334 die Anerkennung eines natürlichen Kindes, wenn solche nicht in dessen Geburtsurkunde geschehen ist, durch eine öffentliche Urkunde vollzogen werden müsse, als welche nur eine von Beamten, welche mit dem eigentlichen Beurkundungsrecht betraut sind, aufgenommene Urkunde zu betrachten sei.

Allein der L.R.S 334 soll nach der richtigen Auslegung desselben nur überhaupt bestimmen, daß fragliche Anerkenntnisse in einer öffentlichen Urkunde vollzogen werden müssen, schließt aber die bürgerlichen Standesbeamten von der Aufnahme der Beurkundungen über die spätere Anerkennung keineswegs aus, vielmehr ist der bürgerliche Standesbeamte, wie zur Aufnahme der Geburtsurkunden so auch zur Aufnahme der diese blos ergänzenden Anerkennungsurkunden berechtigt (L.R.S. 62) *) und wie alle von ihm innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit aufgenommenen Acte als öffentliche Urkunden gelten, so muß dies auch bezüglich der Acte über spätere Anerkennungen angenommen werden. Obiger Einwand ist hiernach verwerflich.

Die Unwirksamkeit der Beurkundungen des Pfarramts in Lauterbach kann ebensowenig aus den L.R.S. 55 und 62 gefolgert werden; aus der ersteren Gesetzesstelle nicht, weil es eines Eintrags über die Geburt der Marie Wissert in dem Geburtsbuch zu Endingen nicht bedurfte, da die Mutter derselben, als sie in Endingen nieder kam, keine Angehörige des Großherzogthums war, und alsbald nach der Niederkunft mit dem Kinde sich in ihre Heimath zurückbegab; aus dem L.R.S. 62 aber nicht, weil dieser die Außerachtlassung der darin vorgeschriebenen Eintragung beziehungsweise Vormerkung zum Geburtsbuche nicht mit der Folge der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Anerkennung bedroht.

Die Beanstandungen, welche die formelle Beweiskraft und Wirksamkeit der Beurkundungen des Pfarramts in Lauterbach betreffen, sind hiernach insgesammt nicht begründet.

Die Beklagte ist aber auch der Ansicht, daß der Inhalt derselben den Erfordernissen des L.R.S. 3 nicht entspreche.

Wenn es nun auch richtig ist, daß in dieser Beziehung die Bestimmungen des badischen Rechts zur Anwendung kommen müssen, *) so stellt sich doch die obige Ansicht als grundlos dar.

Die Geburtsurkunde, welche vorgelegt wurde, soll nämlich nach L.R.S. 331 darum nicht genügen, weil dieselbe keine positive Erklärung der Elisabetha Kunz enthalte, daß das in jener Urkunde genannte Kind von ihr mit Büchsenmacher Wissert (dem Erblasser) außer der Ehe erzeugt worden sei. Allein da darin das Kind als das von der Elisabetha Kunz außerehelich geborene bezeichnet und Büchsenmacher Wissert als dessen Vater aufgeführt ist, und da nicht angenommen werden kann, daß das Pfarramt ohne die Erklärung der Mutter einen solchen Eintrag gefertigt habe, vielmehr zu unterstellen ist, daß dessen Inhalt auf den vorher von jener abgegebenen Erklärungen beruht, so erscheint, zumal da das Gesetz nirgends für Anerkenntnisse der Mutter besondere Förmlichkeiten vorschreibt, **) jene Urkunde zum Beweis, daß die Elisabetha

*) s. Stabel, gedrucktes Heft von der Vaterschaft und Kindschaft. S. 12.
Annalen I. S. 333.
VII. S. 62.
Magazin I. S. 175.
Notariatsblatt Bd. IV. S. 204.

*) s. Stabel, Einleitung in das Civilrecht. §. 19. S. 71. 2. S. 72.

**) s. Lauckhard Rechtsfälle Bd. III. S. 230.
IV. S. 1.

Digitized by Google

Kunz das Kind als ein mit dem Erblaſſer erzeugtes anerkannt hat, als genügend.

Ebenſo iſt durch den Eintrag im Familienregiſter vom 5. Dezember 1857 der Nachweis geliefert, daß der Erblaſſer die Maria Wiſſert als ein mit ſeiner ſpäteren Ehefrau, der Eliſabetha Kunz, erzeugtes Kind anerkannt hat. Jener Eintrag enthält keineswegs blos die Erklärung jenes, daß das darin benannte Kind ſeinen Namen führen ſolle, ſondern er bekennt ſich darin ausdrücklich und zwar durch eine poſitive Erklärung als deſſen Vater. Auch geht daraus unzweifelhaft hervor, daß daſſelbe als mit Eliſabetha Kunz erzeugt anerkannt wurde, indem die Worte „als Vater dieſes Kindes bekennt ſich ꝛc.“ mit dem vorausgehenden Satze: „der Eliſabetha Spuria Maria geb. am 17. März 1855 zu Endingen“ in unmittelbarer Verbindung ſtehen.

Den aus den vorgelegten bürgerlichen Standesbeurkundungen hiernach ſich ergebenden Beweis, daß die Mitklägerin Maria Wiſſert ſowohl von dem Erblaſſer als ihrer Mutter als ein von ihnen gemeinſchaftlich erzeugtes Kind anerkannt worden iſt, hält die Beklagte aber noch nicht für zureichend, weil nach L.R.S. 331 Vater und Mutter *zuſammen* das uneheliche Kind anerkennen müßten, dies aber in dem vorliegenden Fall nicht geſchehen ſei.

Allein der Ausdruck „beide zuſammen,“ deſſen ſich jene Geſetzesſtelle bedient, hat nicht den ihm unterſtellten Sinn, daß die Anerkennung gleichzeitig in ein und demſelben Acte zu erfolgen habe, ſondern es ſoll dadurch nur beſtimmt werden, daß das betreffende Kind von *beiden* Eltern als ein *zuſammen* erzeugtes anerkannt ſein müſſe, was auch nach dem Obigen in dem vorliegenden Falle ſtattgefunden hat.

Die Behauptung der Beklagten, daß Büchſenmacher Wiſſert bei der in Frage ſtehenden Anerkennung keinenfalls die Abſicht gehabt habe, dem Kinde die Rechte eines ehelich geborenen einzuräumen, iſt völlig unerheblich, weil die Legitimation durch nachgefolgte Ehe kraft Geſetzes eintritt und ſomit die Abſicht der Eltern bei der Anerkennung nicht weiter in Betracht kommen kann.

Steht hiernach die Thatſache feſt, daß die Mitklägerin den Beſtimmungen des L.R.S. 231 entſprechend anerkannt worden iſt, ſo muß ſie auch als durch die nachgefolgte Ehe ihrer Eltern ehelich gemacht betrachtet werden und kommen ihr daher zufolge L.R.S. 333 gleiche Rechte zu, wie wenn ſie in der Ehe geboren wäre. Darunter iſt auch das beanſpruchte Erbrecht begriffen. Die Beklagte beſtreitet dies zwar unter Berufung auf die L.R.S. 337 und 756 a, indem darnach die Anerkennung der unehelichen Marie Wiſſert ihr, als ſchon vorher vorhanden geweſener eheſtehelicher Tochter nicht ſchaden könne, was der Fall wäre, wenn jene für erbberechtigt erklärt würde.

Allein abgeſehen davon, ob jene L.R.S. dann anwendbar ſind, wenn es ſich, wie im vorliegenden Rechtsſtreite nicht, um eine Anerkennung *während beſtehender* Ehe handelt *), ſo beziehen ſich dieſelben jedenfalls nur auf Anerkennungen unehelicher Kinder, welche *nicht* durch nachgefolgte Ehe legitimirt ſind, wogegen es ſich hier um die Rechte eines legitimirten Kindes handelt, das, wie ſchon gezeigt, ſo zu betrachten iſt, als ob es in der Ehe geboren wäre, und das daher wie ein ehelich geborenes ſeine Eltern beerbt. Stſ.

48.

Zur Lehre von der Zuſtellung richterlicher Beſchlüſſe.

Bad. Pr.O. §§. 266—271.

Es dürfte nicht als ungeeignet erſcheinen, einige Fragen zu beſprechen, welche ſich hinſichtlich der Zuſtellung richterlicher Beſchlüſſe *an im Auslande wohnende Prozeßparteien* und an *Streitgenoſſen* ergeben, und welche von der Praxis verſchieden, wohl theilweiſe unrichtig gelöſt werden.

I. Der §. 266 der Pr.O. verordnet, ein im Auslande wohnender *Kläger* habe ſofort bei Anbringung der Klage einen im Orte des Gerichtes wohnenden Gewalthaber für den Empfang aller Einhändigungen, welche nach den Geſetzen der Partei ſelbſt oder in dem wirklichen Wohnſitze derſelben geſchehen ſollen, namhaft zu machen. Der §. 270 weiſet den Richter an, den Kläger, ſofern derſelbe die Ernennung eines Gewalthabers unterlaſſen habe, dazu *vor* Ertheilung der Verfügung auf die Klage in der Hauptſache durch Vorverfügung mit dem in §. 201 Abſ. 2 bezeichneten Beiſatze aufzufordern. Dieſer Beiſatz ſoll, wie ſich aus der eben angeführten Geſetzesſtelle ergibt, darin beſtehen, daß dem Kläger eröffnet

*) Lauckhard Rechtsfälle II. S. 258.
Annalen IV. S. 115. Red.Note.
vrgl. Annalen XVIII. S. 7.

Digitized by Google

wird; es würden im Falle der Nichternennung eines Gewalthabers alle weiteren Verfügungen und Erkenntnisse mit der gleichen Wirkung, wie wenn sie dem Kläger eröffnet oder eingehändigt wären, nur am Sitzungsorte des Gerichtsortes angeschlagen werden.

Nun geschieht es manchmal, daß wenn ein Bevollmächtigter eines im Auslande wohnenden Klägers die Klage erhebt, ohne daß dabei ein Einhändigungsgewalthaber bestellt wird, der Richter die im §. 270 vorgeschriebene Aufforderung an den Bevollmächtigten (Anwalt) richtet und daß, wenn auch jetzt keine Bestellung eines Gewalthabers erfolgt, sofort das in §. 261 Abs. 2 bestimmte Verfahren eingehalten wird, daß mithin die weiteren nach den Gesetzen der Partei selbst zuzustellenden richterlichen Beschlüsse lediglich an die Gerichtstafel angeschlagen werden.

Daß ein solches Verfahren unzulässig ist, bedarf wohl einer umfassenderen Darlegung nicht. Verlangt das Gesetz, daß gewisse richterliche Beschlüsse ihrer Bedeutung wegen der Partei selbst zugestellt werden (Pr.O. §§. 340. 611), so will es sicherlich auch, daß derjenige richterliche Beschluß, auf dessen Grund hin statt jener Zustellung an die Partei selbst ausnahmsweise eine andere, den Betheiligten weit ungünstigere Art der Eröffnung der betreffenden Beschlüsse, nemlich der Anschlag an die Gerichtstafel, eintritt, der Partei selbst zugestellt werden. Es ist sonach offenbar das Wort „Kläger" in §. 270 der Pr.O. dahin aufzufassen, daß damit der Kläger in Person mit Ausschluß seines Bevollmächtigten gemeint sei. Von dieser Anschauungsweise ist auch das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises in dem Annalen 1859. No. 9. 10. S. 40. 41 mitgetheilten Falle ausgegangen.

Ist hiernach die Aufforderung zur Bestellung eines Einhändigungsgewalthabers an den Kläger selbst zu richten, so ist doch die Benachrichtigung des Bevollmächtigten von dieser Aufforderung nicht zu unterlassen. Durch solche Benachrichtigung, die übrigens an sich schon als geboten erscheint, wird der Vortheil erreicht, daß der Bevollmächtigte in die Lage kommt, durch sofortige Correspondenz mit seinem Vollmachtgeber in rascher Weise die Bestellung eines Gewalthabers herbeizuführen, während oft die Behändigung der Aufforderung an den Kläger selbst, namentlich da, wo sie durch diplomatische Vermittlung geschehen muß, längere Zeit erfordert, und somit, würde die Aufforderung nur dem Kläger mitgetheilt, nicht selten in Folge derselben bedeutende Verzögerungen derselben unvermeidlich wären. Der Umstand, daß sich häufig die Sache auf die vorhin angedeutete Weise durch die Kenntnißnahme des Bevollmächtigten vor der Aufforderung zur Bestellung des Gewalthabers und durch die hierdurch ins Leben gerufene Thätigkeit dieses Bevollmächtigten erledigt, darf aber nicht dazu verführen, nunmehr von der Aufforderung an den Kläger selbst Umgang zu nehmen, weil man dem Obigen zufolge nur durch die letzte eine Grundlage für den Anschlag an die Gerichtstafel statt der Einhändigung an die Prozeßpartei erlangt und weil man hierwegen, wenn eine etwaige Auflage an den Bevollmächtigten (z. B. weil der Vollmachtgeber keine öffentliche Urkunde — Pr.O. §. 268 — über die Ernennung des Gewalthabers errichten und legalisiren lassen will) erfolglos bleibt, erst nachträglich noch die Aufforderung an den Kläger selbst richten und zustellen lassen muß, was natürlich Verschleppungen zur Folge hat.

II. Der §. 267 der Pr.O. sagt (im Rückblicke auf den oben angeführten §. 266, wo dem im Auslande wohnenden Kläger die Bestellung eines Einhändigungsgewalthabers zur Pflicht gemacht wird), „Streitgenossen, auch wenn sie ihren Wohnsitz im Inlande haben, müssen in ihrem ersten Vortrage einen gemeinschaftlichen Gewalthaber aufstellen, widrigenfalls ein solcher von Amtswegen aufgestellt wird."

Es entsteht nun die Frage, ob die Streitgenossen, wenn sie einen Gewalthaber nicht aufstellten, hiezu, wie dies in §. 270 hinsichtlich des im Auslande wohnenden Klägers und im §. 271 hinsichtlich des dort wohnenden Beklagten ausgesprochen ist, aufgefordert werden müssen, oder ob ohne solche Aufforderung zur Aufstellung des Gewalthabers von Amtswegen geschritten werden kann, sowie die weitere Frage, ob diese Aufstellung den einzelnen Streitgenossen bekannt zu machen ist.

Der §. 267 befand sich nicht in der Prozeßordnung von 1831. Begründete Klagen über die Weiterungen, welche sich dadurch, daß die der Partei selbst zuzustellenden Beschlüsse in einzelnen Fällen einer großen Anzahl von Streitgenossen zugestellt werden mußten, ergaben, führten dazu, jenen Paragraph, wie er jetzt lautet, in den Entwurf des Jahres 1850 aufzunehmen. Er sollte indessen diesem Entwurfe zufolge neben den Bestimmungen der Pr.O von 1831 über Einhändigungsgewalthaber auswärts wohnender Parteien Platz finden, welche Bestimmungen aber im Laufe der ständischen Berathungen über

den Entwurf in die dermalen in Geſetzeskraft ſtehenden §§. 270. 271 umgeändert wurden.

Die erwähnten Beſtimmungen der Pr.O. von 1831 gingen dahin, daß der Kläger durch Verfagung der Verfügung auf die Klage (§. 283 der a. Pr.O.), oder, wenn ſolche einmal gegeben war, durch Einſtellung des Prozeßverfahrens zur Ernennung des Einhändigungsgewalthabers genöthigt werden (§. 284), dem Beklagten der „Rechtsnachtheil," daß der Gewalthaber auf Gefahr und Koſten des Beklagten vom Gerichte beſtellt werden würde, angedroht, und im Falle der Fruchtloſigkeit ſolcher Androhung zu jener Beſtellung von Amtswegen geſchritten werden ſollte. (§. 285.)

Man iſt verſucht, den §. 267, weil er, wie bemerkt, ueben den eben erwähnten Beſtimmungen der Pr.O. von 1831 Platz finden ſollte, und weil er eigentlich nur eine Ausdehnung des in dieſen Beſtimmungen feſtgeſtellten Inſtituts des Einhändigungsgewalthabers auf den Fall vorhandener Streitgenoſſen in ſich faßt, eben aus dieſen Beſtimmungen zu erläutern und zu ergänzen. Dies würde zur Bejahung der oben aufgeworfenen Frage, ob im Falle des gedachten Paragraphen eine Aufforderung zur Beſtellung eines Einhändigungsgewalthabers ſtattfinden müſſe, führen; denn der §. 285 der Pr.O. von 1831 gebietet ausdrücklich eine ſolche Aufforderung (Androhung des Rechtsnachtheiles, wie er ſich ausdrückt).

Indeſſen dürfte doch bei gegenwärtiger Lage des Geſetzes — die fragliche Beſtimmung des §. 285 der Pr.O. von 1831 beſteht nicht mehr — zumal in Rückſicht darauf, daß der Geſetzgeber mit Einführung des §. 267 offenbar die möglichſte Vereinfachung des Verfahrens bezweckte, die Anſicht den Vorzug verdienen, wonach in den Worten des oben gedachten Paragraphen „Streitgenoſſen müſſen in ihrem erſten Vortrage einen gemeinſchaftlichen Gewalthaber aufſtellen" eine geſetzliche, vom Richter nicht zu wiederholende Auflage zu finden iſt, bei deren Außerachtlaſſung ſofort zur richterlichen Beſtellung des Einhändigungsgewalthabers geſchritten werden kann.

Stellt ſich hiernach eine Aufforderung zur Beſtellung eines Einhändigungsgewalthabers im Falle des §. 267 nicht als nothwendig dar*), ſo erſcheint es jedoch auf der andern Seite um ſo mehr als geboten, daß den einzelnen Streitgenoſſen (nicht etwa blos ihrem Prozeßbevollmächtigten) von der richterlichen Ernennung des Gewalthabers Eröffnung gemacht werde. Mangelt es auch an einer ausdrücklichen Geſetzesbeſtimmung hierüber, ſo ſchlägt doch auch hier zweifellos die Schlußfolgerung an, von welcher bereits oben Gebrauch gemacht wurde. Verlangt das Geſetz, daß gewiſſe richterliche Verfügungen ihrer Bedeutung halber der Partei ſelbſt zugeſtellt werden, ſo muß offenbar der Wille des Geſetzes auch dahin gehen, daß diejenige richterliche Verfügung, welche die Grundlage dafür bildet, daß anderweitige Verfügungen, welche der Partei ſelbſt zugeſtellt werden ſollen, mit der Wirkung, als ob dies geſchehen wäre, dem Gewalthaber zugeſtellt werden können, der Partei ſelbſt behändigt werde. Dazu kommt noch Folgendes. Das Geſetz fingirt, indem es für die Streitgenoſſen, welche der geſetzlichen Auflage, einen gemeinſchaftlichen Gewalthaber zu beſtellen, nicht nachgekommen ſind, durch den Richter einen ſolchen beſtellen läßt, ein Auftragsverhältniß. Man wird aber bei dieſer Sachlage doch annehmen müſſen, daß es im Sinne des Geſetzes gelegen habe, daß die Streitgenoſſen, in deren Intereſſe das fingirte Auftragsverhältniß eintritt, davon benachrichtigt werden ſollen, daß die Fiction ins Leben trete, und wer der Beauftragte ſei, und daß ihnen hiedurch insbeſondere auch ermöglicht werde, mit demſelben ins Benehmen zu treten. Eine Anſchauungsweiſe, der zufolge der einzelne Streitgenoſſe weder zu Beſtellung des Einhändigungsgewalthabers aufgefordert, noch von der geſchehenen Beſtellung eines ſolchen benachrichtigt werden ſollte, würde zu Härten führen, die der Abſicht des Geſetzgebers, der doch durch das Inſtitut der Einhändigungsgewalthaber das Intereſſe der Streitgenoſſen auf eine mit einem raſchen Geſchäftsgange vereinbarliche Weiſe zu wahren beſtrebt war, offenbar widerſprächen. Sicherlich wollte der Geſetzgeber das Intereſſe der Geſchäftsvereinfachung nicht über das der Rechtsſicherheit ſetzen.

Von der hier (unter II.) vertheidigten Anſicht iſt das großh. Oberhofgericht in neuerer Zeit in der Sache Fiscus gegen von Falkenſtein ausgegangen. Roßhirt.

*) Rathſam dürfte eine ſolche Aufforderung in Fällen, wo ſie ſich leicht bewirken läßt, wie namentlich dann, wenn ſie ſich mit der an beklagte Streitgenoſſen zu richtenden Ladungsverfügung vereinigen läßt, immerhin ſein. Ruft ſie z. B. die Folge hervor, daß die beklagten Streitgenoſſen ſofort ihrerſeits einen Gewalthaber aufſtellen, ſo erſpart ſie die mit der Benachrichtigung der Streitgenoſſen von der richterlichen Aufſtellung eines Gewalthabers (ſ. unten im Texte) verbundenen Weiterungen. D. G.

Digitized by Google

49.

Der Verkäufer begeht dadurch, daß er dem Käufer den Besitz vorenthält, keine gerichtlich strafbare Handlung (Unterschlagung).

Am 7. Januar 1860 schloß Hofbauer Joseph Schmied von Herdwangen einen Kaufvertrag mit L. Raff von Markdorf und L. Leutner von Ueberlingen, denen er seine sämmtlichen Liegenschaften und Fahrnisse, mit einzelnen wenigen Ausnahmen, um 36,350 fl. veräußerte.

Er blieb jedoch vorerst noch im Besitze der Fahrnisse bis zum 18. Januar, wo die Käufer dieselben versteigern ließen. Als sie später erfuhren, daß der Verkäufer verschiedene Fahrnisse zurückbehalten habe, stellten sie den Antrag, daß derselbe wegen Unterschlagung gerichtlich verfolgt werde.

Auf gepflogene Untersuchung erging am 2. März 1861 ein Urtheil des großh. Hofgerichts des Seekreises des Inhalts:

„Joseph Schmied von Herdwangen sei der Unterschlagung eines Brabanterpflugs, einer Wanne, einer Hebkette, einer Schrotart, einer Schlegelart, einer Wagenwinde, einer Stockhaue, eines Wiesenbeils, einer Waldsäge, eines Spitzmessers und einer Schlittenkrumme im Gesammtwerth von 22 fl. 42 kr. zum Nachtheil des Lorenz Raff von Markdorf und L. Lazarus Leuthner von Ueberlingen für schuldig zu erklären und deßhalb zu einer Amtsgefängnißstrafe von 3 Wochen und zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens und Strafvollzugs zu verurtheilen; auch sei Joseph Schmied schuldig, an L. Raff ꝛc. die bezeichneten Fahrnisse in 14 Tagen bei Zwangsvermeiden herauszugeben."

Auf den Rekurs des Angeschuldigten wurde jedoch dieses Urtheil von großh. Oberhofgerichte am 1. Juni 1861 dahin abgeändert:

„Joseph Schmied von Herdwangen sei von der Unterschlagung verschiedener Gegenstände im Gesammtwerthe von 22 fl. 42 kr. zum Nachtheil des L. Raff von Markdorf und L. L. Leuthner von Ueberlingen freizusprechen und mit den Kosten zu verschonen."

Entscheidungsgründe.

Der Rekurrent ist der Unterschlagung für schuldig erklärt, weil er von der mit seinem Hofgut verkauften Gesammtheit seiner Fahrnisse, deren nur einzelne wenige Stücke von dem Verkauf ausgenommen waren, mehrere zu der von den Käufern angeordneten Versteigerung nicht ausgefolgt, sondern im Besitz behalten hat. In der hierwegen auf Anzeige der Käufer gegen ihn eingeleiteten Untersuchung bestritt er die Verbindlichkeit zur Herausgabe dieser Fahrnisse, auf welche sich, wie er darzuthun sucht, der Kauf nicht erstreckt habe. Allein die einfache Unterlassung der Uebergabe verkaufter Fahrniß, die widerrechtliche Fortsetzung des Besitzes durch den Verkäufer fällt nicht unter das Strafgesetz, sondern der Käufer hat den Anspruch auf Besitz der Sache, deren Eigenthum er durch Kaufvertrag erworben hat, vor den bürgerlichen Gerichten geltend zu machen.

Der Rekurrent hat sonach dadurch, daß er die in dem hofgerichtlichen Urtheil bezeichneten Fahrnisse im Besitz behielt, selbst dann, wenn sie in dem Kauf eingeschlossen waren, keine gerichtlich strafbare Handlung verübt: denn die Grundsätze von der Hinterlegung schlagen hier nicht ein, wo der Verkäufer einfach im Besitze belassen, ihm aber nicht durch einen besonderen Vertrag das Recht auf den Besitz Namens der Käufer übertragen und die Verpflichtung zur Zurückgabe oder Wiederausfolgung der Fahrnisse auferlegt wurde.

§ 400 St.G.B. Motive zum Entwurf des St.G.B. II Kammer 1839. IV. Beil.Heft S. 137. II. 1; Köstlin d. St.R. §. 25. I. B. a. S 338. 339 und Note 2.

Der Rekurrent ist hiernach durch das hofgerichtliche Urtheil beschwert und von der Anschuldigung der Unterschlagung freizusprechen.

Neben dieser Abänderung des hofgerichtlichen Urtheils kann die von dem Hofgerichte ausgesprochene Verurtheilung des Jos. Schmied zur Herausgabe der bezeichneten Fahrnisse nicht bestehen und die Vorschrift des §. 333 St.Pr.O. kommt hier nicht zur Anwendung, weil nicht ein Anspruch auf Entschädigung, sondern auf Vertragsvollzug in Frage steht, welcher der Gerichtsbarkeit der Strafgerichte entzogen ist.

Wie von der Anschuldigung, so ist der Rekurrent nach §. 355 St.Pr.O. auch von den Kosten freizusprechen.

Stf.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. **Band XXVII.** **No. 17.**

50.

1) Die Mutter, welche zur zweiten Ehe schreitet, ohne die Förmlichkeiten des L.R.S. 395 zu erfüllen, verliert Kraft Gesetzes das Recht zur Vormundschaft über die Kinder erster Ehe. *)
2) Sie vermag aber dieses Recht wieder zu erlangen, und die Obervormundschaftsbehörde kann ihr, unter Beiordnung des zweiten Ehemanns, als Mitvormund, die Vormundschaft übertragen.

Am 30. April 1853 verstarb Blasius Bürkle von Schönenbach und hinterließ zwei minderjährige Kinder, Samuel und Pauline Bürkle, zu Erben, nebst seiner Ehefrau Maria geb. Merz, mit welcher er in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hatte. Durch diesen Tod fiel den Kindern ein väterliches Erbvermögen im Betrage von beinahe 6000 fl. zu.

Im Jahre 1859 verehelichte sich die Wittwe mit Ludwig Brüchig, ohne die im oben angeführten L.R.S. vorgeschriebene Förmlichkeit zu erfüllen, weil ihr solche unbekannt war und der Staatsschreiber sie bei Errichtung des Ehevertrags darauf aufmerksam zu machen unterlassen hatte.

Die Obervormundschaftsbehörde verfügte, daß für die minderjährigen Kinder erster Ehe vom Familienrath und Waisengericht ein Vormund bestellt werden müsse. Mit Umgehung der Mutter und des zweiten Ehemannes schlug der Familienrath den Oheim der beiden minderjährigen Kinder, Engelbert Bürkle, zum Vormund vor, und die Obervormundschaftsbehörde bestellte solchen auch zum Vormund, von der Ansicht ausgehend, daß die Mutter kein Recht habe, nachdem sie die Vormundschaft aus dem angegebenen Grunde verloren, solche zu begehren, — was sie mittelst Eingabe an das großh. Bezirksamt vor Ernennung und Bestellung des Vormunds gethan hatte.

Gegen dieses Erkenntniß führte die Mutter und ihr zweiter Gatte sodann Beschwerde bei großh. Regierung des Seekreises; mit Beschluß vom 3. April v. J. wurde aber auch aus dem gleichen Grunde die Beschwerde von dieser Stelle als unbegründet verworfen.

Die Rekurrenten erhoben hierauf Beschwerde bei großh. Justizministerium, als Oberrekursbehörde, beriefen sich auf das in den Akten bisher Vorgetragene, insbesondere hervorhebend: die Bestimmung des L.R.S. 395 ist unzweideutig; es kommt dabei nicht darauf an, ob die Unterlassung der vorgeschriebenen Formalität verschuldet oder unverschuldet ist. Wenn aber auch der Verlust der Vormundschaft eingetreten, so ist damit nicht ausgesprochen, daß die Mutter zur Uebertragung der Vormundschaft absolut unfähig geworden und Kraft Gesetzes davon für immer ausgeschlossen bleibt, ohne sie je wieder erwerben zu können.

Die Vormundschaft ist eine gesetzliche Imitation der elterlichen Rechte zum Schutze der Minderjährigen; das Gesetz gibt der elterlichen Vormundschaft vor den beiden andern Arten derselben den Vorzug und findet in der Vormundschaft des überlebenden Elterntheils die beste Bürgschaft für die körperliche und geistige Pflege, sowie für die Verwaltung und Erhaltung des Vermögens der Kinder. In Bezug auf die **Person** des minderjährigen Kindes hat der überlebende Gatte, als Vormund, dieselben Rechte, wie bei Lebzeiten beider Eltern, also alle Rechte des L.R.S. 203. 274. 371. 148—153. 173. Nur L.R.S. 468, verglichen mit 377 und 378, erleidet eine Beschränkung.

In Bezug auf das **Vermögen** des minderjährigen Kindes sind die Rechte durch die Vormundschaft einigermaßen geschmälert, so ist

a) das Nutznießungsrecht mit dem gesetzlichen Unterpfandsrecht auf dem ganzen Vermögen des Elternvormundes beschwert, L.R.S. 384. 385. 386. 387. 475. 2180. 2121. 2135.
b) Die Vermögensverwaltung wird nach L.R.S. 470 von der Obervormundschaftsbehörde controlirt, es kann Rechnungsablegung jederzeit gefordert und Ueberzeugung sich davon verschafft werden, ob etwa

*) Vrgl. Annalen XXVI. (1859.) No. 48. Ziff. 98. S. 202. Red.

Digitized by Google

unerlaubte Veräußerung oder Vergeudung vorgekommen sei.

c) Der Elternvormund kann wegen Unfähigkeit oder Unwürdigkeit von der Obervormundschaft jederzeit wieder entfernt werden. L.R.S. 444. II. E.E. §. 15. § 375 d. St.G.

d) Mit andern Vormündern haben sie **gemeinsam** die Zustimmung der Obervormundschaftsbehörde nöthig, wenn sie Kapitalien aufnehmen, liegende Güter veräußern oder verpfänden, Klagen auf dingliche Rechte ausüben, Vergleiche abschließen, Erbschaften oder Schenkungen annehmen wollen. L.R.S. 457. 461. 463. 467..

Vor andern Vormündern haben sie voraus:

1) daß die Erziehungs- und Ernährungskosten, resp. die Verwendung von Revenuen durch das Amtsreviserat nicht bestimmt zu werden brauchen;

2) daß der Vater keiner Bestätigung, wohl aber die Mutter einer solchen, nicht aber der Verpflichtung bedarf.

Im vorliegenden Fall ist nun dieses Vorrecht zu 1) weggefallen, weil die Mutter das Nutznießungsrecht an dem Vermögen der Kinder verloren, L.R.S. 386, und deßhalb das Amtsreviserat zu bestimmen habe, welche Revenuen als Ernährungs- und Erziehungsbeitrag zu verwenden, und welche als Kapital anzulegen seien.

Sowohl die Mutter wie der zweite Ehemann besitzen den unbescholtensten Leumund und ein unbelastetes liegendes Vermögen, das jenes der Kinder um das Dreifache übersteigt, ihre Würdigkeit und Befähigung ist in keiner Weise beanstandet, die Vermögensrechte der Kinder sind gesichert, es liegt in der Absicht und dem Geiste des Gesetzes, und es erfordert die Humanität, daß der vormundschaftlichen Stellung der Eltern gegenüber den Kindern und gegenüber Dritten, mit welchen die Eltern in Verkehr leben müssen, gebührende Rechnung getragen werde, und erfahrungsgemäß ist es erheblich, daß der zweite Ehemann in der Regel ein liebevoller Berather und Freund der Kinder, und diesen so dadurch der Mangel der verlorenen väterlichen Liebe und Unterstützung minder schmerzlich werde u. s. w.

Auf diese Rekursausführung wurde sodann durch das großherzogliche Justizministerium am 26. Mai v. J. No. 3431 erkannt:

Die Mutter der Blasius Bürkle'schen Kinder hat zwar durch Versäumung der Vorschriften des L.R.S. 395 bei Eingehung ihrer zweiten Ehe die Vormundschaft über ihre Kinder erster Ehe Kraft Gesetzes verloren; sie ist aber nicht unfähig zur Wiedererlangung derselben geworden und wenn sie auch keinen Rechtsanspruch hierauf mehr hat, so spricht doch die Zweckmäßigkeit dafür, die Vormundschaft, sofern nicht besondere Gründe entgegen stehen, zunächst ihr wieder zu übertragen. Solche Gründe liegen nun aber weder in der Person der Mutter selbst, noch in der ihres zweiten Gatten vor. Beide sind vielmehr gut beleumundet und besitzen ein die Mündel sicher stellendes Vermögen.

Aus diesen Gründen wird der Rekurs der Eheleute Brüchig gegen die Verfügung des großherzoglichen Bezirksamtes B. vom 3. April für begründet erklärt, und unter Aufhebung der Verfügung des großherzoglichen Bezirksamts B. v. 19. Februar, durch welche Engelbert Bürkle als Vormund der Blasius Bürkle'schen Kinder aufgestellt wurde, ausgesprochen:

daß die Vormundschaft über diese Kinder ihrer Mutter unter der Mitvormundschaft ihres zweiten Gatten Ludwig Brüchig von Schönenbach zu übertragen sei.

Die für die Mündel jährlich zu verwendenden Beträge ihrer Einkünfte sind nach L.R.S. 454 festzustellen.

Marquier.

51.

Die Minderungsklage des L.R.S. 920 ff. muß gegen alle bei der angefochtenen Schenkung Betheiligten erhoben werden.

§. 94. Pr.O.

vergl. Jahrb. n. F. IV. (1836/37.) S. 570. ff. S. 578. 579. S. 580. 581.

Franz Xaver Grafmüller von Zunsweier hatte als Gläubiger des Christian Meyer und in Ausübung der Rechte desselben gegen Christian Meyer, Josephs Sohn, für sich und seine minderjährigen Kinder, letztere unter Vormundschaft des Joseph Binninger von Börstetten, eine Klage wegen Nichtigkeit eines Erbverzichts und Ausfolgung einer Erbschaft erhoben, welche sich darauf stützte, daß mit der von den Eltern des gedachten Schuld-

Digitized by Google

ners am 17. Juni 1850 errichteten Vermögensübergabe, der Antheil des Christian Meyer direct den Kindern desselben zugewendet und hiedurch bewirkt worden sei, daß solcher von dem elterlichen Vermögen nichts erhielt.

Dem großh. Oberhofgerichte erschien diese Klage ihrem Wesen nach als die wegen Pflichttheilsverletzung dem Notherben zustehende Minderungsklage im Sinne der L.R.S.S. 920 ff. und deßhalb als verwerflich, weil, wie sich aus derselben ergab, durch das fragliche Rechtsgeschäft nicht blos die Kinder des Christian Meyer, sondern auch dessen drei Geschwister bedacht worden, diese Letzteren aber nicht mitbelangt waren.

Der Kläger wurde deßhalb mit Urtheil vom 20. Juni 1861 mit der gegen den Beklagten allein erhobenen Klage abgewiesen und in den

Entscheidungsgründen

ausgeführt:

„Da alle diese Freigebigkeitshandlungen, weil sie in einem und demselben Acte enthalten sind, hinsichtlich der Pflichttheilsverletzung nur als eine Schenkung in Betracht kommen,

Zachariä, Handb. §. 685. ad Not. 27,

die Minderung selbst aber hier eine Einwerfung der geschenkten Liegenschaften nöthig macht, L.R.S. 929 vergl. mit L.R.S. 866, so ist es rechtlich undenkbar, daß nur gegen einen Theil der Beschenkten das Minderungsverfahren eingeleitet wird. Dies ist aber hier noch um so mehr anzunehmen, als schon über die Hauptfrage, ob das Uebergabsgeschäft eine, den Pflichttheil des Christian Meyer verletzende Handlung enthält, oder ob nicht vielmehr dieser den Uebergebern gegenüber als Vermögensempfänger erscheint, Streit besteht, und schon bei diesem Streit die übrigen in dem Geschäft bedachten Personen wesentlich und so betheiligt sind, daß selbst diese Frage nur allen durch den Vertrag Bedachten gegenüber zum Austrag gebracht werden kann.

Sti.

32.

Beruht ein Vertrag auf einer unerlaubten Ursache, welcher unter den Parteien zu dem Zwecke abgeschlossen worden ist, daß geringe Weine gallisirt, und in Handel gebracht werden?

L.R.S. 1131. 1133.

Unterm 12. Mai 1859 schlossen Scheerer und Hall einen Vertrag, wodurch Letzterer den Ersteren „als Gehilfen in seiner zu errichtenden Weinhandlung anstellte." In dieser Eigenschaft sollte sich Scheerer „vorzüglich dem An- und Verkaufe, sowie der Behandlung der Weine" unterziehen. Der Vertrag wurde vorläufig auf ein Jahr geschlossen. Hall versprach dem Scheerer einen in monatlichen Raten zahlbaren Gehalt von 850 fl. für das Jahr und für den Fall, daß die von „Scheerer durch seine Behandlung veredelten Weine jährlich die Menge von 40 Fuder übersteigen sollten," noch eine specielle Belohnung von 10 Gulden für jedes Fuder. Unterm 14. Mai wurde zu diesem, in seinen wesentlichsten Punkten hier mitgetheilten Vertrage „noch weiter nachträglich festgesetzt, daß Scheerer sich verbindlich machte, durch Verzicht auf seinen Gehalt und je nach Umständen durch anderweite Mittel den Hall zu entschädigen, wenn durch sein Verschulden, sei es durch Nachlässigkeit, sei es durch Unkenntniß dem Letzteren ein Nachtheil zugehen sollte."

Hall machte jedoch keine Anstalt, die in Aussicht gestellte Weinhandlung zu gründen, und nach Verlauf eines Monats zahlte er dem Scheerer auch nicht dessen Gehalt. Nun klagte Scheerer die verfallene Monatsrate von 70 fl. 50 kr. ein und begehrte Erfüllung des Vertrags. Hall mußte zwar den Abschluß des Vertrags zugeben, verlangte aber nicht nur Abweisung des Beklagten, sondern stellte auch gleichzeitig eine Widerklage an, gestützt auf die Behauptung, daß der Kläger seiner Seits den Vertrag nicht erfüllt habe. Der Kläger behauptete aber nicht nur, sich zur bestimmten Zeit dem Beklagten zur Verfügung gestellt, sondern auch für ihn Weinproben mit dem Dampfmesser gemacht, und eine Reihe von Correspondenzen für die Weinhandlung Hall eröffnet zu haben. Diese Correspondenzen betreffen sämmtlich Traubenzucker. — Der Unterrichter erkannte auf einen durch den Kläger zu leistenden Erfüllungseid, daß er sich dem Hall am 15. Mai zur Verfügung gestellt habe und machte von der Ausschwörung desselben die Verurtheilung des Hall nach dem Klagbegehren abhängig. — Hiegegen appellirte der Beklagte. In der Beschwerdeschrift stellte er als Neuheit die Behauptung auf, der

Digitized by Google

Vertrag könne nach L.R.S.S. 1131. 1133 keine Rechtswirkung hervorbringen, weil er auf einer unerlaubten Ursache beruhe. Der Zweck des Vertrags bestehe nämlich darin „gallisirten Wein zu fabriciren, und als natürlichen Traubenwein in den Handel zu bringen. Ein solches Unternehmen sei durch das Gesetz verboten, und mindestens der Sittlichkeit zuwider." Er suchte seine Behauptung durch die (oben angeführten) einzelnen Stellen des Vertrags in Verbindung mit der durch Scheerer eröffneten Correspondenz wegen Bestellung von Traubenzucker, und noch einige andere Vermuthungsgründe nachzuweisen. Der Appellat widersprach diese Behauptungen, worauf der Gerichtshof für den Mittelrheinkreis sein Beweiserkenntniß dahin formulirte: der Beklagte habe zu beweisen: 1) „daß der Vertrag zu dem Zwecke abgeschlossen worden sei, um gallisirten Wein zu fabriciren und als natürlichen Wein in Handel zu bringen, 2) daß durch das Verfahren des Gallisirens ein dem natürlichen Weine nicht gleichstehendes künstliches Surrogat erzeugt werde;" und motivirte diesen Bescheid durch die Worte: „diese Einrede (der unerlaubten Vertragsursache) erscheint im Hinblick auf L.R.S 1131. 1133 insofern erheblich, als es für eine den guten Sitten widerstrebende Täuschung erachtet werden muß, wenn ein künstliches, geringes Surrogat für ächte Waare verkauft wird." Der Appellant berief sich außer anderen Beweismitteln auf ein Gutachten Sachverständiger. Dieses fiel zu Ungunsten des Beklagten aus.

Die Entscheidungsgründe zu dem bestätigenden Urtheile sagen hierüber: — — „Es genügt, darauf hinzuweisen, daß nach dem Gutachten des ernannten Sachverständigen:

a) Jeder Wein insofern als ein künstliches Produkt erscheint, als kein Wein durch die Natur erzeugt wird, sondern das Produkt der Reben durch menschliche Thätigkeit zur Gährung geleitet, und dadurch Wein erzielt wird.

b) Zu dem gallisirten Weine keinerlei Stoffe kommen, welche den Bestandtheilen eines guten Weines fremd sind, vielmehr nur durch Zusatz von Wasser und Traubenzucker — Stoffe, die in jedem Weine vorhanden sein müssen — das bei schlechtem Weine vorhandene falsche Verhältniß zwischen Säure, Zucker und Wasser in ein solches Verhältniß, wie es zwischen diesen Stoffen in gutem Weine wirklich vorhanden ist, ausgeglichen wird;

c) die durch Gallisiren dem Weine zugesetzten Stoffe weder schädlich sind, noch der Gesundheit zuträgliche in dem Weine befindliche Stoffe demselben durch Gallisiren entzogen werden.

Hiernach ist der gallisirte Wein kein künstliches **Surrogat** eines natürlichen Weines. — —"

Der Gerichtshof folgerte hieraus, daß, wenn der Vertrag auch zu dem Zwecke des Gallisirens *) abgeschlossen worden wäre, er nicht auf einer unerlaubten Vertragsursache beruhe.

Ottendorff.

---

*) Das Verfahren des Gallisirens, welches schon so oft vor den Straf- und Civilgerichten, gleichwie bei den Versammlungen der Weinproducenten Gegenstand der Erörterung war, behandelt der Verfasser des Gutachtens in folgender Weise: „Die Verbesserung durch Zuckerzusatz ist eine zweifache. Entweder wird dem Moste, oder dem vergohrenen Weine blos Zucker zugesetzt, und die Flüssigkeit in Gährung gebracht; der Wein wird chaptalisirt; oder es wird durch Wasser- und Zuckerzusatz einem sauren zuckerarmen Weine das Verhältniß dieser drei Stoffe so gegeben, wie es die Weine guter Gährung zeigen. Dieses Verfahren nennt man Gallisiren." (Praktische Anleitung, sehr gute Mittelweine selbst aus unreifen Trauben zu erzeugen, von Dr. Gall 1854. Maiheft der Annalen der preußischen Landwirthschaft. Bericht des königl. Landes-Oekonomie-Collegiums an das vorgesetzte Ministerium in Betreff des Weinverbesserungsverfahrens des Dr. Gall. 1854. — Landwirthschaftliche Berichte des Freiherrn von Babo vom 22. Mai 1854. — Zeitschrift des landwirthschaftlichen Vereins für Rheinpreußen. 1854. S. 20). — — — Indem man den Most der Trauben in guten und schlechten Jahrgängen untersuchte, lernte man kennen, daß der Most der ersteren reicher an Zucker und ärmer an Säure, als der der letztern ist; daß das Verhältniß der Säure, des Zuckers und Wasser in guten Mosten ziemlich übereinstimmt; also kein zufälliges ist, sondern zum Charakter und Wesen eines guten Mostes gehört. Das gegenseitige Verhältniß dieser drei Stoffe, und der Umstand, daß die freie Säure des Mostes von saurem, weinsteinsaurem Kali, oder von freier Aepfelsäure herrührt, bedingen, wenn Art und Dauer der Gährung als gleich angenommen werden, das gegenseitige Verhältniß zwischen Alkohol, Zucker und freier Säure im Weine." — Der Verfasser untersucht die Verhältnisse zwischen Säure, Zucker und Wasser in dem Safte aus Trauben, Stachelbeeren und Johannisbeeren (das Verhältniß des aus guten Trauben gewonnenen Mostes 1 Säure 40 Zucker 97 Wasser), und fährt dann fort: Trauben im Zustande nicht völliger Reife, oder aus schlechten Jahrgängen gleichen insofern den Stachel- und Johannisbeeren, als sie ebenfalls die Bedingungen nicht enthalten, welche zur Erzielung guten Weines erforderlich sind, indem das Verhältniß zwischen Zucker, Wasser und Säure ein falsches ist, und indem die Stoffe, welche bei der Gährung das Arom des Weines geben, nicht gehörig entwickelt sind. Läßt man solchen Most gähren, so wird der Wein schlecht. — — Wenn man den Most der weniger reifen Trauben, wie den Saft der Stachel- und Johannis-

Digitized by Google

33.

Nach dem Geſetze dürfen nicht mehr als drei Beugungsgrade erkannt werden.

§. 27 der Eheordnung.
§. 43 der Hofrathsinſtruction.
Annalen V. (1837) No. 11. II. S. 66. 67.

Hubert Drehers Ehefrau, Genovefa geb. Hertweck von Niederbühl, hatte ſich von ihrem Ehemann getrennt. Dieſer verlangte ihre Rückkehr; ſie weigerte ſich jedoch derſelben.

Auf Antrag des Ehemanns wurden deßhalb die Beugungsgrade von dem Oberamte Raſtadt gegen ſie erkannt, ſie wurde nämlich durch Erkenntniß

vom 26. Auguſt 1847 zu 8tägiger,
vom 23. Sept. „ zu 14 „ und
vom 18. Novbr. „ zu 4wöchentlicher Gefängnißſtrafe verurtheilt und hat dieſe Strafen erſtanden.

Im Mai 1849 beantragte Hubert Dreher weitere Zwangsmaaßregeln gegen ſeine Ehefrau, das Amt erwiderte ihm aber, daß, nachdem dieſe die drei Beugungsgrade erſtanden habe, ihm überlaſſen bleibe, eine Eheſcheidungsklage anzuſtellen.

Er erhob im Jahr 1855 eine ſolche, ſetzte ſie jedoch nicht fort, ſondern wiederholte den Antrag auf Anwendung weiterer Zwangsmaaßregeln. Die Ehefrau wollte ſich aber der Fortſetzung der Ehe unter keiner Bedingung unterziehen, ſelbſt nachdem ihr der Beamte eröffnet hatte, daß ſie eine vom Obergerichte auszuſprechende Strafe zu gewärtigen habe.

Das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreiſes erkannte am 13. März 1856, daß die Hubert'ſche Ehefrau wegen ihrer fortdauernden Weigerung, zu ihrem Ehemann zurückzukehren, zu dreimonatlicher Verhaftung im Kreisgefängniß zu verurtheilen und in die Koſten des Verfahrens zu verfällen ſei.

Hiergegen führte die Ehefrau den Rekurs aus und bat zu erkennen, daß, da die vorgeſchriebenen Beugungsmittel erſchöpft ſeien, das hofgerichtliche Urtheil dahin abzuändern, daß ſie von weiterer Strafe freizuſprechen ſei.

Der Ehemann erklärte, er beſtehe auf dem Vollzug der Strafe.

Durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 12. Juli 1856 wurde das hofgerichtliche dahin abgeändert, daß Hubert Dreher mit dem Begehren, ſeine Ehefrau durch weitere Zwangsmaaßregeln zur Rückkehr in ſeine Wohnung anzuhalten, abzuweiſen ſei.

Entſcheidungsgründe.

Die Ehefrau des Hubert Dreher wurde vor Erlaſſung des hofgerichtlichen Erkenntniſſes vom 13. März d. J. ſchon dreimal wegen Verweigerung der Rückkehr zu ihrem Ehemann beſtraft. **Mehr als ein dreimaliger Beugungsverſuch läßt ſich aber aus den Geſetzen nicht rechtfertigen**, indem nach §. 43 der Hofrathsinſtruction, deſſen Beſtimmungen *) für die Zahl der Beugungsverſuche immer noch maaßgebend ſind, da dieſelben weder durch die Eheordnung, noch durch ſpätere Geſetzesvorſchriften aufgehoben oder abgeändert wurden — die Beharrlichkeit in der Verweigerung der ehelichen Verpflichtungen ausdrücklich nur durch **dreimalige Arreſterſtehung** in ſtufenweiſer Verſtärkung gebüßt werden ſoll.

Die dritte Einſchreitung gegen die Dreher'ſche Ehefrau hätte zwar nach der älteren Geſetzgebung allerdings nicht, wie es geſchah, von dem Amte ausgehen, ſondern es hätte von dem Hofgerichte, als Eheoberpolizeibehörde, er-

---

bezen behandelt, alſo ihm Waſſer und Zucker zuſetzt, ſo daß das Verhältniß dem im Moſte guter Jahrgänge gleichkommt, ſo iſt damit die Bedingung des Wohlgeſchmackes gegeben. Darin beſteht die Gall'ſche Weinbehandlung." —— Der Schluß des Gutachtens lautet: Durch das Gallifiren von ſaurem Weine wird ein Wein bereitet, welcher als ein dem Mittelwein in chemiſcher und phyſikaliſcher Hinſicht gleichſtehendes Surrogat betrachtet werden muß; ferner daß der durch die Gallifirung hervorgebrachte Wein der Geſundheit viel zuträglicher ſei, als der ſaure, aus unreifen Trauben erzeugte; daß hingegen nie aus Bruchſaler Wein Dürkheimer, Rüdesheimer ꝛc., aber immer ein beſſerer Bruchſaler hervorgebracht werden könne. Sein Verkauf wird nur dann eine Fälſchung ſein, wenn ein falſcher Ortsname, eine falſche Aufſchrift gebraucht wird. — **Die Natur erzeugt keinen Wein; es iſt immer der Menſch, der ihn fabricirt**, der durch die künſtlichen Mittel der ſog. Veredlung die Naturkräfte nach ſeinen Zwecken lenkt und wirken läßt. D. E.

*) Der §. 43 Abſ. a der Hofraths-Inſtruktion lautet:

„daß, wo Jemand ꝛc. — ohne, von dem Andern gegebenen, ſchuldhaften Anlaß beharrlich verweigert, er dieſe Beharrlichkeit der Abneigung durch **dreimalige Arreſterſtehung**

1) von 8—14 Tagen,
2) von 4— 6 Wochen,
3) von 3— 6 Monaten

je nach der mehr oder minder **moraliſchen** Imputabilität ſeiner Widerſpenſtigkeit erworben müſſe) ꝛc."

Digitized by Google

kannt werden sollen; erwägt man jedoch, daß das Maaß der Zwangsmaaßregeln nach den Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen ist, und daß das Gesetz bei der dritten Correction nicht immer die Einsperrung in einem Besserungshaus gebietet, sondern auch gelindere Bestrafung zuläßt, erwägt man ferner, daß die Umstände, unter welchen im vorliegenden Fall die Weigerung zur Rückkehr stattfindet, der Art sind, daß ein Verhaft von 4 Wochen als dritter Beugungsgrad genügte, als solchen das Oberamt Rastadt aber eine Einsperrung von jener Dauer ausgesprochen und vollzogen hat, so liegt kein Grund vor, einen nochmaligen Beugungsgrad gegen die Dreher'sche Ehefrau zu erkennen, und ebensowenig ist zureichender Anlaß vorhanden, die, wenn auch unzuständiger Weise, von dem Oberamte Rastadt verfügte dritte Bestrafung durch einen noch abzubüßenden Strafzusatz zu erhöhen, vielmehr sind mit jener Bestrafung die Zwangsmaaßregeln gegen die genannte Ehefrau als erschöpft zu betrachten.

Aus diesen Gründen mußte in der Hauptsache, wie geschehen, erkannt und Hubert Dreher, da er durch seinen Antrag das Verfahren veranlaßt hat, als unterliegender Theil in die dadurch erwachsenen Kosten verurtheilt werden. Stf.

54.

Entscheidungen aus dem Expropriationsverfahren.

s. Annal. 1861. No. 3. Ziff. 7. S. 18.

1) Kann das Gericht die Ausführung eines von der Verwaltungsbehörde autorisirten industriellen Unternehmens, als einer widerrechtlichen Anlage im Sinne des L.R.S. 674 verbieten oder dessen veränderte Ausführung nach den Gutachten von Sachverständigen anordnen?

Urtheil des Amtsgerichts Heidelberg vom 30. März d. J.

Hofrath Kapp gegen Fiskus.

Die Frage wurde aus folgenden Gründen verneint:

Durch Staatsministerialentschließung vom 6. Septbr. v. J. wurde die Richtung der Linie für die Odenwaldbahn auf der hiesigen Gemarkung zwischen dem Karlsthore und der Gemarkungsgrenze von Neckargemünd wie sie jetzt profilirt und abgesteckt ist, als fest bestimmt erklärt und zur Ausführung genehmigt.

In die so genehmigte Linie fällt auch ein zu dem Wirthshaus zur Krone in Schlierbach gehöriger Anbau nebst einem Theile des anstoßenden Baumgartens.

Die Verpflichtung zur Abtretung überhaupt ist nicht bestritten; der Kläger behauptet aber, daß wenn die Bahnlinie so ausgeführt werde, wie sie nach dem Plane von großh. Staatsministerium genehmigt ist, der Bahndamm so nahe an dem nicht abgetretenen Hauptgebäude des Wirthshauses zur Krone zu liegen komme, daß diesem Gebäude in Folge der Bewegung der Lokomotive nicht nur eine dem Bestande desselben gefährliche Erschütterung, sondern auch durch die aus dem Kamine hervorsteigenden glühenden Funken, Ruß und Dampf Feuersgefahr und Verunreinigung drohe *)

Der Kläger verlangt nun zunächst, daß der beklagte Fiskus als nichtberechtigt erkannt werde, die Eisenbahn in der bestimmten Richtung auszuführen, daß er vielmehr eine Entfernung von 50 Fuß, eventuell eine solche Entfernung einzuhalten habe, welche nach dem Gutachten von Sachverständigen nöthig ist, um die bezeichneten Nachtheile von seinem Eigenthum abzuhalten.

Dieses Begehren ist rechtlich nicht begründet.

Wie nämlich in der Klage selbst angeführt ist und der §. 3 in Verbindung mit den §§. 5 u. 8 des Gesetzes vom 25. August 1835 voraussetzt, spricht das großh. Staatsministerium, somit die Verwaltungsbehörde, nicht allein die Verpflichtung zur Abtretung aus, sondern

---

*) Diese Verhältnisse sind wohl nur solche, welche bei der Bestimmung der Entschädigung für den abgetretenen Anbau und Gartentheil hätte geltend gemacht werden können. (§. 29 des Expr.Ges.) Von einem dem Kläger als Eigenthümer des Kronenwirthshauses zustehenden selbstständigen Rechte im Sinne des in der Aufschrift citirten L.R.S. 674 könnte wohl hier nicht die Rede sein. Wäre dies aber auch der Fall, ließe sich nämlich nachweisen, daß die Anlegung einer Eisenbahn an der Grenze des kläger'schen Eigenthums für Letzteres nachtheilig oder gefährlich sei, so wäre das durch jene Gesetzesartikel begründete Recht, zu dessen Schutz unzweifelhaft die richterliche Hülfe angerufen werden kann, ein solches, welches bei der Expropriation des damit belasteten Terrains gleich jeder andern darauf ruhenden Berechtigung geltend zu machen, also auf das Ausschreiben des Gemeinderaths (§. 42 des Expr.Ges.) anzumelden gewesen wäre, cf. §. 33 d. Ges.; nach Beendigung des Verfahrens aber in keiner Weise mehr, also selbst nicht einmal mehr als Entschädigungsanspruch zu verfolgen. §. 80. Abs. 2 d. Expr.G. R. [illegible]

Digitized by Google

bestimmt auch die Richtung der Bahnlinie nach dem vorgelegten Plane.

Diese Frage ist auch ihrer Natur nach zu einer administrativen und nicht zu einer richterlichen Cognition deßhalb geeignet, weil nur die Verwaltungsbehörde berufen ist, die Gründe des öffentlichen Wohles zu erwägen, und zu bestimmen, was das öffentliche Interesse fordert.

Der Verwaltung steht die Befugniß zu, ein industrielles Unternehmen zu autorisiren und die Bedingungen zu bestimmen, unter welchen dasselbe zur Ausführung gebracht werden darf, den Gerichten bleibt nur der Schutz der Eigenthumsrechte des Nachbars durch Erkennung auf Entschädigung gewahrt*); so weit darf man deßhalb aber auch in der Vertheidigung der gerichtlichen Competenz nicht gehen, daß man den Gerichten das Recht einräumt, selbst die Entfernung, beziehungsweise eine Veränderung des von der Verwaltung in zuständiger Weise autorisirten Unternehmens anzuordnen.

Dies wäre ein Uebergriff in das Gebiet der Verwaltung.

Demolombe cours de code civil Bd. 12 (traité des servitudes Bd. 2 No. 653 S. 148).

Das Begehren der Klage erscheint somit verwerflich ꝛc.

---

*) Der hier ausgesprochene Satz dürfte in seiner Allgemeinheit doch einigen Bedenken unterliegen. Insofern damit gesagt werden wollte, daß wenn im Wege des Expropriationsverfahrens also nach Ausspruch der höchsten Staatsbehörde die Abtretung eines Eigenthums- oder anderen auf eine unbewegliche Sache bezüglichen Rechtes verfügt wurde, die Berechtigten ihre Ansprüche nur noch in der Form von Entschädigungsansprüchen geltend machen können, ist natürlich gegen den Satz nichts zu erinnern. Wollte hingegen damit ausgedrückt werden, daß die Gerichte überhaupt Rechtsverletzungen nicht entgegentreten dürfen, wenn dieselben in Ausübung einer von der Staatsverwaltung erlangten (polizeilichen) Concession begangen wurden, so wäre der Satz offenbar unrichtig. Denn die Erlaubniß, welche diese durch eine solche Concession ertheilt, enthält nur die Erklärung, daß im öffentlichen Interesse dem betreffenden Unternehmen nichts im Wege stehe; die durch die Benützung einer solchen Concession etwa verletzten Privatrechte können aber dadurch niemals geschmälert, oder gar nur in einen Entschädigungsanspruch umgewandelt werden. Eine solche Tragweite der Concession würde auch niemals der Absicht der Verwaltung entsprechen, da solche sich bewußt sein muß, daß ihre Verfügungen wohlerworbene Rechte nicht beeinträchtigen dürfen, und daß, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint, solches nur im Wege der Expropriation und gegen Entschädigung geschehen kann. D. E.

2) Zur Erläuterung des §. 24 des Expropriationsgesetzes vom 28. August 1835, insbesondere der Frage: Kann das Unternehmen selbst als ein „besonderer Umstand" im Sinne jener Gesetzesstelle gelten? Urtheil des Amtsgerichts Heidelberg vom 2. März d. J.

J. S. Fiskus gegen Frisch.

Die Frage wurde aus folgenden Gründen bejaht:

ꝛc. Die Beklagten stützen ihre Mehrforderung insbesondere darauf:

a) Daß sie das Haus bis daher als Hôtel garni benützt und dieser Erwerbszweig ihnen einen besonderen Vortheil gewährt habe;

b) daß sie nach bereits geschehener Erwerbung einer Schildgerechtigkeit durch die Ausführung verschiedener Bauveränderungen vor der ihnen nach § 37 des Gesetzes zu machenden Eröffnung bereits Anstalten zum Betrieb einer Wirthschaft neben dem Bahnhof getroffen gehabt hätten.

Nach §. 24 des Gesetzes wird der Werth der Schätzung zur Grundlage genommen, den die Liegenschaft im Falle einer Veräußerung nach Maaßgabe ihrer Größe, Beschaffenheit und Lage nach den Durchschnittspreisen der letzten 6 Jahren, oder im Falle die Preise im letzten Jahre durch besondere Umstände gestiegen sind, nach den neuesten Preisen haben würde.

Dieser Verkaufswerth ist der Anhaltspunkt, von dem die Schätzer auszugehen haben.

Nach §. 25 des Gesetzes müssen aber auch die besonderen Vortheile in Anschlag gebracht werden, welche die Sache dem Inhaber nach seinen Gewerbs- und anderen Verhältnissen außerdem gewährt.

In ersterer Beziehung konnten die Schätzer zwar keine Verkäufe von Häusern gleicher Lage und Beschaffenheit in der Durchschnittsperiode auffinden und sind deßhalb zur selbstständigen Schätzung geschritten, wozu sie vollständig befugt waren.

Die von ihnen festgestellten Annahmen müssen um so mehr als maaßgebend angenommen werden, als in der Natur der Sache liegt, daß der Richter gerade deßhalb an Sachverständige gewiesen ist, weil ihm die erforderliche Kenntniß zur Lösung der Frage abgeht und er sich deßhalb nicht in der Lage befindet, das Ergebniß der Schätzung in materieller Beziehung einer Critik zu unterwerfen.

Die Sachverständigen nehmen an, daß in Folge der Anlage der Eisenbahn in jenem Stadttheil der Verkaufs-

Digitized by Google

werth der Häuser im letzten Jahre durchschnittlich um 10 pCt. ohne Rücksicht auf besondere gewerbliche Verhältnisse gestiegen sei.

Wenn die Sachverständigen auch hier keine bestimmten, um diesen höheren Preis im letzten Jahre abgeschlossenen Käufe zu bezeichnen vermögen, weil keine solche aus jener Periode vorliegen, so muß doch auch dieses Ergebniß als eine richtige Thatsache aus dem angeführten Grunde und deßhalb angenommen werden, weil es sich hier nicht um eine mathematische Berechnung, sondern lediglich um das Auffinden des damaligen wahren Werthes des abzutretenden Gutes durch Schätzung handelt.

Es können nun zwar die während des Expropriationsverfahrens von der Verwaltungsbehörde im Wege der gütlichen Vereinbarung bezahlten Expropriationspreise deßhalb nicht zur Grundlage im Sinne des §. 24 d. Gesetzes genommen werden, weil jene Summen nicht sowohl den Charakter von Kaufpreisen, sondern die rechtliche Natur von Entschädigungssummen haben.

Anders verhält es sich mit den höheren Verkaufspreisen, welche im letzten Jahre, wenn auch in Folge des Unternehmens erzielt wurden, denn abgesehen davon, daß der §. 24 des Gesetzes keine Beschränkung aufstellt und die Absicht das Gesetzes nur dahin geht, daß dem Eigenthümer der wahre in dem Zeitpunkt des §. 37 des Gesetzes bestehende Werth ersetzt werde, so hat auch die großh. Staatsregierung selbst im Laufe der Berathungen über das Gesetz den §. 24 in diesem Sinne ausgelegt.

Der großh. Regierungskommissär, Staatsrath Rebenius, äußerte sich nämlich in der 39. Sitzung der 2. Kammer dahin:

> „Wenn heute bestimmt würde, Rastatt solle eine Festung werden, so wird man ohne Zweifel nicht zu fürchten haben, daß morgen schon die Abtretung von Gütern zu diesem Zwecke gefordert wird, sondern diese Abtretung wird vielleicht erst 1½ Jahre später erfolgen.
>
> Mittlerweile geschehen Käufe und das vorausgegangene Ereigniß (d. i. das Unternehmen) übt seinen Einfluß auf die Kaufpreise aus.
>
> Geschieht dies, so gewährt der §. 24 vollkommene Sicherheit, denn es soll hiernach, wenn solche außerordentliche Ereignisse in der letzten Zeit eingetreten sind, ihre Wirkung, die sich in dem Kaufpreise zeigt, berücksichtigt werden ꝛc."

Die Benützung des Hauses als Hôtel garni war der Erwerbszweig der Kläger, ein Vortheil, den das Haus dem Eigenthümer gewährte und der somit nach §. 25 des Gesetzes bei der Abschätzung mit in Anschlag gebracht werden muß und die Hinweisung der Verwaltungsbehörde darauf, daß die Aufnahme und Verköstigung von Fremden in jedem Hause ausgeübt werden könne, um so unstatthafter, als überall nicht feststeht, ob es den Eigenthümern gelingt, eine andere Behausung von gleicher Lage und Beschaffenheit, und mit welcher ein gleicher Besuch von Fremden verbunden ist, zu erwerben.

Anders gestaltet sich die rechtliche Beurtheilung der Frage, ob der beabsichtigte Wirthschaftsbetrieb neben dem Bahnhof — in Anschlag kommen darf.

Nach §. 25 des Ges. sollen nur solche Vortheile berücksichtigt werden, welche das abzutretende Gut zur Zeit der Abtretung, beziehungsweise zu dem im §. 37 des Ges. festgesetzten Zeitpunkt wirklich gewährt; die Beklagten hatten aber den Betrieb der Wirthschaft noch nicht eröffnet, und die Anwendung des §. 25 des Ges. fällt um somehr weg, als, abgesehen davon, daß es in solchen Fällen schwer, oft unmöglich ist, die Vermehrung eines künftigen Kaufwerthes vor gänzlicher Beendigung eines Unternehmens mit irgend einer Sicherheit festzustellen, der Genuß des gehofften Vortheils deßhalb niemals eintreten konnte, weil das Bestehen des abzutretenden Hauses neben dem erweiterten Bahnhofe unmöglich ist.

Der beabsichtigte Betrieb der Wirthschaft neben dem Bahnhof war ein Projekt unter Voraussetzungen, auf deren Bestehen die Beklagten noch kein Recht hatten.

Der Berücksichtigung einer Werthserhöhung steht endlich auch der alleg. §. 37 des Ges. entgegen, welcher verordnet, daß selbst ein begonnener Neubau nach Einleitung des Expropriationsverfahrens nicht mehr fortgesetzt werden darf, widrigenfalls für die aufgewendeten Kosten keine Entschädigung geleistet wird ꝛc. Kab.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 18.

55.

Eine ausländische Gantmasse kann zur Beitreibung eines Masseausstandes im Inlande zugelassen werden, ohne daß bezüglich des ausländischen Ganterkenntnisses die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit ausländischer Urtheile (L.R.S.S. 2123. 2128, §§. 918—920 der Pr.O.) vorhanden sind.

Aus Geschäften, welche ein Commissionär mit Dritten abschließt, erwachsen in der Regel Rechte und Verbindlichkeiten nur zwischen diesen beiden Personen, nicht aber zwischen dem Dritten und dem Committenten. (L.R.S. S.91. 92.)

Der inländische Schuldner einer ausländischen Gantmasse, welcher nach dem Gantausbruche von einem zur Anmeldung in der Gant verpflichteten ausländischen Gläubiger eine Forderung auf sich übertragen läßt, kann seine Schuld nicht mit jener Forderung wettschlagen.

Die Handlung Kranz und Andrä in Cöln wurde am 3. August 1856 durch das kön. preußische Handelsgericht daselbst für fallit erklärt.

Handelsmann W. Weidtmann zu Cöln wurde sofort zum provisorischen Syndik der Fallitmasse bestellt (Code de commerce Art. 480) und bei Abschluß des Unionsvertrags (Code de comm. Art. 527) zum definitiven Syndik und Kassier ernannt. Er klagte bei dem großh. Amtsgerichte Mannheim Namens der gedachten Fallitmasse gegen den Handelsmann F. Werningshoff zu Mannheim eine von letzterem sofort zugestandene Contocorrentforderung von 231 Thlrn. und eine weitere Forderung von 2634 Thlrn. 17 Groschen ein. Zur Begründung dieser Forderung wurde vorgetragen, Beklagter habe die Handlung Kranz und Andrä im Februar 1856 beauftragt, für ihn 750 Malter Mairoggen (d. h. im Monate Mai zu liefernden Roggen) zu kaufen, Kranz und Andrä hätten nun 250 Malter solchen Roggens à 9⅓ Thlr., 500 Malter à 9⁵⁄₁₂ Thlr. gekauft, Beklagter habe diese Geschäfte anerkannt, sofort hätten Kranz und Andrä im gleichen Monate dem Beklagten noch 250 Malter Mairoggen à 9 Thlr. angeboten, Beklagter habe dies Anerbieten angenommen; nach der Fallitérklärung habe Syndik Weidtmann den Beklagten zur Verfügung über die fraglichen, zu Cöln lagernden, 1000 Malter Roggen aufgefordert, Beklagter habe nun den Weidtmann (am 3. Mai 1856) beauftragt, den Roggen durch einen Makler verkaufen zu lassen, Weidtmann habe entgegnet, er sei mit Denjenigen, von welchen Kranz und Andrä den Roggen gekauft, dahin übereingekommen, daß dieselben diese Frucht à 6³⁄₄ Thlr. das Malter zurücknehmen, Beklagter habe dies Uebereinkommen genehmigt, und sei nun schuldig, die Differenz, zwischen dem Preise, um welchen Kranz und Andrä gekauft, und demjenigen Preise, um welchen die Verkäufer die Frucht wieder an sich genommen hätten, mit 2634 Thlr. 17 Groschen der Fallitmasse zu ersetzen.

1. Der Beklagte setzte der Klage zunächst die Einrede der fehlenden Activlegitimation entgegen, da die Klage von dem Vertreter einer zu Cöln bestehenden Gantmasse erhoben sei, da das Bestehen dieser Masse sich auf das vom kön. preuß. Handelsgerichte zu Cöln erlassene Ganterkenntniß (Fallimentserklärung) stütze, dieses Erkenntniß aber als ein ausländisches Urtheil, bezüglich dessen die Bedingungen der Vollstreckbarkeit im Inlande nicht vorlägen, im Großherzogthum Baden keine Wirkung äußern könne.

Das großh. Oberhofgericht verwarf (im Einklange mit dem großh. Amtsgerichte Mannheim und dem großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises) diese Einrede und äußerte sich darüber in den Entscheidungsgründen zu seinem in der vorliegenden Streitsache am 16. Mai d. J. erlassenen Urtheile in folgender Weise:

„Wenn es auch richtig ist, daß Urtheile ausländischer Gerichte, somit auch Ganterkenntnisse solcher Gerichte im Allgemeinen auf Wirksamkeit im Inlande keinen Anspruch machen können — L.R.S.S. 2123. 2128. Rechtsbel. vom 24. Juni 1812. Reggsbl. 1812 No. 20. Pr.O. §§. 918—

Digitized by Google

920 — und wenn auch die besonderen Voraussetzungen, unter welchen ausländische Urtheile in Baden vollzogen werden können, hier nicht eintreten, so kann nichtsdestoweniger im vorliegenden Falle der vom kön. preuß. Handelsgerichte zu Cöln ausgegangenen Falliterklärung und der in Folge hievon geschehenen Bestellung des Handelsmanns Weidtmann zum Syndik der Fallitmasse insoferne Wirksamkeit in Baden gegönnt werden, daß der Letztere zur Betreibung der in Baden vorhandenen Masseausstände zugelassen wird. Es liegt nämlich in dieser Zulassung keineswegs ein Vollzug eines ausländischen Urtheiles, sondern nur die Anerkennung der Thatsache, daß das Handlungshaus Kranz und Andrä für fallit erklärt und zur Vertretung der Fallitmasse Handelsmann Weidtmann bestellt worden sei. Vrgl. Zachariä frz. Civilr. 5. Auflage I. §. 32. Note 5. Sirey recueil XLI. 2. 263. XLVIII. 2. 228. *) Es kommt ferner in Betracht, daß es nach badischen Gesetzen den Gläubigern als solchen und abgesehen von einer gerichtlich erklärten Gant gestattet ist, zum Zwecke eigener Befriedigung die Rechte ihres Schuldners geltend zu machen — L.R.S. 1166. 2092. 2093 —, daß diese Befugniß keineswegs durch das Gesetz auf die inländischen Gläubiger beschränkt ist, und daß es somit denjenigen Personen, welche in Folge der zu Cöln ausgesprochenen Falliterklärung dort als Gläubiger aufgetreten sind, nicht verwehrt werden kann, in dieser ihrer Eigenschaft einen Schuldner ihrer Schuldner vor den diesseitigen Gerichten zu verfolgen. Es ist hiebei zu erwägen, daß der klagend aufgetretene Handelsmann Weidtmann in Folge der Bestimmungen des klagender Seits angerufenen und beklagter Seits zugestandenen, am 18. Juli 1858 unter den Gläubigern von Kranz und Andrä abgeschlossenen sog. Unionsvertrages (vrgl. Code de comm. Art. 527. 528) als von der Gläubigergesammtheit zur gerichtlichen Eintreibung der Schuld des Beklagten an Kranz und Andrä beauftragt gelten muß (L.R.S.S. 1984 u. ff.), und daß auch im Hinblicke hierauf seine Thätigkeit von den diesseitigen Gerichten nicht beanstandet werden kann."

II. Ferner setzte Beklagter der Klage die Einwendung entgegen, diejenigen Personen, von welchen Kranz und Andrä den Roggen gekauft hätten, seien keineswegs von den letzteren voll bezahlt worden, hätten vielmehr aus deren Gantmasse nur 15 Procent ihrer Forderung erhalten; da nun ein Beauftragter — und als solcher erscheine stets der Commissionär — nie mehr an den Auftraggeber ansprechen könne, als er selbst behufs des Vollzugs des Auftrags aufgewendet habe (L.R.S.S. 1993. 1999), so könne die klagende Fallitmasse nur jene 15 Procent, nicht aber die eingeklagte Differenz begehren.

Auch diese Einwendung wurde von großh. Oberhofgerichte (gleichfalls in Uebereinstimmung mit den vordern Instanzen) für unbegründet erachtet. Die oberhofgerichtl. Entscheidungsgründe sagen hierüber:

„Die zur Rechtfertigung des fraglichen Einwandes angerufene Rechtsregel, daß der Beauftragte mehr nicht an den Auftraggeber ansprechen könne, als er selbst bei Besorgung des Auftrags aufgewendet habe, oder aufwende (L.R.S.S. 1993. 1999), passe nicht auf den vorliegenden Fall. Das Verhältniß zwischen Kranz und Andrä einerseits und dem Beklagten andererseits war nämlich keineswegs das eines einfachen Auftragsvertrages, welches Beziehungen zwischen den Verkäufern der Frucht und dem Beklagten zur Folge gehabt haben würde, sondern das eines Einkaufscommissionsgeschäftes, bei dem der Regel nach, wie L.R.A.S. 91 *) voraussetzt, der Commissionär

*) Bei Sirey XLI. 2. 263 ist ein Spruch des Gerichtshofes von Aix vom 8. Juli 1840 abgedruckt. Ein Modenese war von seinem zuständigen Gerichte in Gant erkläet. Der Massecurator klagte in Frankreich gegen einen Marseiller. Der Gerichtshof hielt dies für zulässig, attendu que le jugement et les actes enoncés en la requête, et étrangers à toutes condamnations ou obligations se bornent à constater des faits, dont ils font foi par eux-mêmes et qui en cas de dénégation ne pourraient donner lieu qu'à un incident de la compétence du tribunal investi du litige dont les faits articulés et méconnus seraient le fondement. Bei Sirey XLVIII. 2. 228 ist ein Spruch des Gerichtshofes zu Bordeaux vom 22. Dezember 1847 abgedruckt. Der hierher bezügliche Theil der Entscheidungsgründe besagt: „En ce qui concerne la qualité de Don Henrique Lelong et Don Eugenio Maliano agissant comme syndics de la faillite de la maison Montluc et compagnie à Tampico; attendu qu'il ne s'agit pas de l'exécution forcée d'un jugement ou d'un acte emané d'une juridiction étrangère, mais de vérifier, en fait, si la maison Montluc est en état de faillite et si les demandeurs sont investis de la qualité des syndics ou mandataires des créanciers de la faillite, attendu que la preuve de ce double fait résulte suffisamment du certificat emané du président du tribunal de commerce de Tampico que des autres documens produits au procès, notamment de l'addition mise par les syndics, le 20. novembre, à Tampico, en marge des doubles du connaissement, signés le 21. juillet par le capitaine, de la Marie et par lui remis à Montluc et compagnie, chargeurs. D. G

*) Die Art. 91 und 92 des Code de comm. halten das Gem-

in eigenem Namen kauft, und wo sonach Beziehungen zwischen dem Verkäufer und dem Committenten gar nicht eintreten. Delamarre traité du contr. de commission II. p. 474. 399. p. 614. 399. Dalloz repertoire s. v. commissionaire t. IX. No. 35. 399. Mittermaier deutsch. Privatrecht II. §. 551. Brinckmann Handelsrecht §. 107. II. Hieraus ergibt sich, daß die Verkäufer der Frucht gar keine Rechtsansprüche an den Beklagten erheben konnten, sich vielmehr lediglich an das Vermögen von Kranz und Andrä zu halten hatten. Hätte ein einfaches Auftragsverhältniß stattgefunden, so würde die Fallitmasse von Kranz und Andrä dermalen gar nicht mehr in dieser Sache als betheiligt erscheinen. Es hätte sich vielmehr der Beklagte lediglich mit den ursprünglichen Verkäufern der Frucht ins Reine zu setzen gehabt. Eben daraus nun, daß bei dem Vorliegen einer Einkaufscommission in dem oben mit diesem Worte verbundenen Sinne gar keine rechtliche Beziehung zwischen den Verkäufern der Frucht und dem Beklagten ins Leben trat, daß mithin das Verhältniß zwischen jenen Verkäufern und Kranz und Andrä den Beklagten gar nicht berührte, folgt aber, daß er sich auch seinerseits auf dieses Verhältniß nicht berufen kann, daß er also auch aus dem Verluste, den die oftерwähnten Verkäufer in Folge des Fallitments von Kranz und Andrä leiden, nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Der Beklagte hat die fragliche Frucht um die Summe von 9291 Thlr. 20 Groschen durch Kranz und Andrä einkaufen lassen. Er hat dieselbe, als sie ihm durch die Fallitmasse dieser Commissionäre zur Verfügung gestellt war, um 6750 Thlr. an die ursprünglichen Verkäufer zurückverkauft. Hatte er unter diesen Umständen die Differenz zwischen beiden Preisen zweifelsohne zu bezahlen, so kann er sicherlich aus dem zufälligen Umstande des Fallitments von Kranz und Andrä keinen Gewinn ziehen. Da nun die ursprünglichen Verkäufer, wie oben dargelegt wurde, weil sie an Kranz und Andrä, nicht aber an den Beklagten verkauften, kein Recht haben, jene Differenz von dem Beklagten zu fordern, so ergibt sich auch hieraus wieder, daß die Gläubiger von Kranz und Andrä zum Bezuge dieser Differenz als berechtigt erscheinen. Ein Recht der ursprünglichen Verkäufer gegen den Beklagten kann keineswegs, wie dies in der mündlichen Verhandlung versucht wurde, aus L.R.S. 1166 abgeleitet werden, und zwar schon um deßwillen nicht, weil jene Verkäufer, die zu Cöln ansässig sind, sich allen Folgen der dort ausgesprochenen Fallitерklärung zu unterwerfen haben und weil sie somit nach solcher offenbar nicht zu ihrer alleinigen Befriedigung auf die Forderung von Kranz und Andrä, beziehungsweise der Fallitmasse derselben an den Beklagten greifen können."

„Zu Gunsten des klägerischen Anspruchs spricht auch, daß der Beklagte, nachdem ihm die fragliche Frucht unter unzweideutiger Bezeichnung auf seine Verpflichtung, dafür die Summe von 9291 Thlr. 20 Gr. zu bezahlen, Seitens des Syndiks der Fallitmasse zur Verfügung gestellt worden war, in der That darüber verfügt hat, und daß er damit nicht nur die Vertragserfüllung als geschehen, sondern auch jene Verpflichtung als für ihn der Fallitmasse gegenüber bestehend anerkannt hat."

III. Endlich setzte der Beklagte der Klage die Einrede der Wettschlagung entgegen und begründete sie, wie folgt: Am 25. Februar 1856 habe Joh. W. Reinhardt jun. in Mannheim einen Wechsel für 3000 Thlr., zahlbar in 6 Wochen, an die Ordre von Ladenburg und Söhne in Mannheim auf Kranz und Andrä gezogen. Das Haus Ladenburg habe den Wechsel auf Mendelsohn in Berlin, dieser auf das Bankcomptoir in Cöln girirt. Kranz und Andrä hätten den Wechsel acceptirt, aber

---

missionsgeschäft und das Mandat scharf auseinander. Ersterer sagt: **Le commissionaire est celui qui agit en son propre nom, ou sous un nom social, pour le compte d'un commettant.** Letzterer: **Les devoirs et les droits du commissionaire qui agit au nom d'un commettant, sont determinés par le Code civil livre III. tit. XIII. (Du Mandat).** Das badische Handelsrecht übersetzt den Art. 91, vernichtet aber in seinem Satz 92 den zwischen den fr. Art. 91 und 92 bestehenden Gegensatz, indem es (S. 92) sagt: „Die Rechte und Pflichten des Bestellers und Zwischenhändlers im Allgemeinen richten sich nach dem 13. Tit. im 3. Buch des Code Nap." Vgl. Pfaner, Erläut. IV. S. 491, welcher indessen keine Auskunft darüber gibt, warum der Gegensatz, der im Urtexte zwischen den Art. 91 und 92 besteht, verwischt worden sei. Das deutsche Handelsgesetzbuch sagt im Einklange mit den im Texte entwickelten Ansichten im Art. 360: „Commissionär ist derjenige, welcher gewerbemäßig in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Committenten) Handelsgeschäfte schließt. Durch die Geschäfte, welche der Commissionär mit Dritten schließt, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Committenten und Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten. Wenn der Auftraggeber ausdrücklich bestimmt, daß das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, so ist dies keine kaufmännische Commission, sondern ein gewöhnlicher Auftrag zu einem Handelsgeschäft." D. G.

Digitized by Google

nicht bezahlt, weßhalb Mangels Zahlung Proteſt erhoben worden ſei. Der Schaffhauſen'ſche Bankverein habe zu Ehren von Ladenburg an das Bankcomptoir, Handelsmann Ludwig Cron zu Cöln zu Ehren von Reinhardt an den Bankverein bezahlt. Später (September 1858) habe Cron den Wechſel an Kirchner und Comp. in Mannheim übertragen, von welcher Firma ihn Beklagter erhalten habe, und demzufolge berechtigt ſei, den Wechſelbetrag der eingeklagten Forderung entgegenzuſtellen.

Das großh. Oberhofgericht verwarf dieſe Einrede, gegen welche auch mehrere, hier nicht zu beſprechende Repliken vorgebracht worden waren, indem es in den Entſcheidungsgründen bemerkte:

„Die Einrede der Wettſchlagung ſtellt ſich als unbegründet dar. Wenn nämlich auch — weil, wie oben bemerkt wurde, die in Cöln ergangene Falliterklärung der Handelsleute Kranz und Andrä als ſolche nicht in Baden wirkt — jene Einrede keineswegs ſchon in Folge gedachter Fallimentserklärung zum Nachtheile des den badiſchen Gerichten unterſtehenden Beklagten als ausgeſchloſſen erſcheint,*) ſo kann ſie doch unter den beſonderen Verhältniſſen des vorliegenden Falls um deßwillen keine Berückſichtigung erlangen, weil Ludwig Cron zu Cöln, von dem der Beklagte ſein Recht zur Vorſchützung der Einrede ableitet, den Ausſprüchen der kön. preuß. Gerichte unterworfen iſt, weil ſonach gegen dieſen zweifelsohne die von einem kön. preuß. Gerichte ausgeſprochene Falliterklärung in der Weiſe wirkt, daß er die nun wettſchlagend in ihrem ganzen Umfange geltend gemachte Forderung lediglich, gleich jeder anderen Forderung, mit dem Anſpruche auf verhältnißmäßige Befriedigung nach Maaßgabe des Maſſevermögens gegen die Fallitmaſſe geltend zu machen hätte, weil aber dieſe rechtliche Lage der Sache durch die den eigenen Behauptungen des Beklagten zufolge längſt nach dem Fallimentsausbruche geſchehene Rechtsübertragung von Cron auf Kirchner und von dieſem auf den Beklagten nicht verändert werden kann. Die Richtigkeit dieſer Anſchauungsweiſe ergibt ſich aus dem Rechtsſatze, daß Niemand ein Recht abtreten kann, welches ihm ſelbſt nicht zuſteht, und daß folgeweiſe Derjenige, der ein Recht auf ſich übertragen läßt, alle diejenigen Einreden, welche dem Rechte zu der Zeit, zu welcher daſſelbe noch in den Händen des Uebertragenden war, entgegengehalten werden konnten, auch gegen ſich gelten laſſen muß. Mühlenbruch, Lehre von der Ceſſion §. 60. Bangerow, Pandekten III. S. 116. Zachariä, frz. Civr. I. §. 181., II. §. 359 zu Note 22. Ludwig Cron konnte der Fallitmaſſe von Kranz und Andrä, beziehungsweiſe den neben ihm ſtehenden Gläubigern gegenüber mehr nicht anſprechen, als nach Verhältniß ſeiner Forderung aus jener Maſſe befriedigt zu werden. Dieſen Umſtand können nun aber die dermalen klagenden Gläubiger von Kranz und Andrä zweifellos der wettſchlagend vom Beklagten geltend gemachten Forderung entgegenhalten. Allerdings hat dieſer Einwand keinen Bezug auf denjenigen Theil gedachter Forderung, welcher dem L. Cron als Gläubiger von Kranz und Andrä in Folge einer weiteren verhältnißmäßigen Vertheilung von Maſſevermögen unter ſämmtliche Gläubiger noch zuzukommen hätte (von der Theilnahme an der bereits ſtattgehabten Vertheilung vom Maſſevermögen war Cron vor der Uebertragung der Forderung an den Beklagten ſchon ausgeſchloſſen worden)*); allein einer auf dieſen Theil beſchränkten Geltendmachung der Einrede der Wettſchlagung ſteht der Umſtand entgegen, daß der Betrag, der hiernach wettzuſchlagen wäre, weder feſtſteht, noch auf den Grund der im gegenwärtigen Rechtsſtreite vorgetragenen Thatſachen hin feſtgeſtellt werden kann. Die Einrede iſt in dieſer Richtung weder ausdrücklich vorgeſchützt, noch thatſächlich begründet. Vrgl. L.R.S. 1291."

Roßhirt.

*) Darauf, daß die preuß. Gauterklärung in Baden keine rechtliche Wirkung äußern kann, hatte ſich auch bezüglich dieſes Punktes der Beklagte hauptſächlich geſtützt. D. E.

56.

Der gegenüber den Vorſichtserben in eine ausſtehende Forderung der ihm ſchuldenden Erbmaſſe eingewieſene Gläubiger verliert ſein Recht auf dieſen Ausſtand dadurch nicht, daß die Vorſichtserben die Erbſchaft ſpäter aufgeben. L.R.S. 802. 1.

Annalen IX. (1841.) Beibl. No. 2. S. 7. Ziff. 17.

Wenn nach dieſer Aufgabe Gant über den Nachlaß

*) Nach Code de comm. Art. 558. 559 kann die Vertheilung des Maſſevermögens in mehrfachen Repartitionen ſtattfinden. D. E.

ausbricht, so kann die Gantmasse von dem Gläubiger das Erhobene nicht herausfordern.

Ochsenwirth Jakob Häuslein aus Werbach starb am 12. September 1850; seine Kinder, und darunter zwei minderjährige aus dritter Ehe traten die Erbschaft sub beneficio inventarii an. Bei der Vermögenstheilung am 13. September 1851 erhielten diese beiden minderjährigen Kinder, Julius und Babette Häuslein unter Anderem auf ihre väterliche Erbschaft verschiedene Ausstände und Liegenschaftserlöse zur Einnahme zugewiesen, so u. A. einen Liegenschaftskaufschillingausstand von 125 fl. 1 kr. bei Friedrich Kämmer in Werbach; dagegen sollten sie Masseschulden, und darunter eine Forderung von fl. 576 58 kr., welche die Almosenpflege Werbach an ihren Vater zu machen hatte, bezahlen. Diese erwirkte zuerst ein Liquiderkenntniß gegen diese beiden Vorsichtserben und dann im Vollstreckungswege auf die ihnen zum Einzug zugewiesenen Liegenschaftserlöse am 12. Mai 1852 einen Beschlag und am 1. September 1852 richterliche Zuweisung und zog dann diese Ausstände ein.

Am 30. April 1853 verzichteten die Erben, da die Aktivausstände der Erbmasse zum großen Theil unbeibringlich waren und sich eine Ueberschuldung herausstellte, auf die Erbschaft; es wurde daher am 4. Nov. 1853 über die Verlassenschaft des J. Häuslein Gant erkannt.

Als nun die Almosenpflege den Friedrich Kämmer auf Zahlung der letzten Termine belangte, erhob dieser gegen ihre Legitimation verschiedene Anstände, welchen das großh. Bezirksamt Tauberbischofsheim die Folge gab, daß es am 14. Februar 1855 den Kläger abwies. Das gr. Hofgericht des U. R. Kr. erkannte aber am 23. Juni 1855 abändernd, der Beklagte sei schuldig, der Klägerin 70 fl. 20 kr. nebst 5. pCt. Zinsen vom 24. April 1853 zu zahlen.

Zur Begründung dieses Urtheils ist in den

Entscheidungsgründen

ausgeführt:

„Friedrich Kämmer war verpflichtet, seinen Kaufschilling an die Erbmasse zu zahlen und zwar, insolange dieselbe den Gläubigern nicht überlassen war, an die Vorsichtserben, als alleinige Vertreter der Erbmasse, welchen das Recht, den Nachlaß zu verwalten, ausschließlich zustand, und insbesondere an Julius und Babette Häuslein, deren speciellem Erbtheil mit gegenseitigem Einverständniß der Erben die Forderung zugewiesen worden war.

Auf der andern Seite waren Julius und Babette Häuslein nach L.R.S. 808 berechtigt, insofern die Gläubiger keine Einsprache erhoben, die ihnen zugewiesenen Gläubiger nach der Ordnung, wie sie sich melden, zu zahlen, und wurden hiezu durch das von der Almosenpflege Werbach erwirkte Liquiderkenntniß bezüglich dieser verurtheilt.

Mit demselben Rechte, mit welchem Julius und Babette Häuslein die Erbschaftsgläubigerin durch freiwillige Uebertragung der Kaufschillingsforderung an Kämmer befriedigen konnte, geschah dies im Vollstreckungswege durch die richterliche Zuweisung, insofern eine Einsprache nicht erfolgte.

Zachariä 4. Bd. §. 619. S. 107, insbesondere Note 19.

Der Unterrichter hat zwar auf den Grund des L.R.S. 785 angenommen, daß vermöge des spätern Erbverzichts die Häuslein'schen Kinder so angesehen werden müßten, als ob sie nie Erben gewesen, dieser Erbverzicht daher mit rückwirkender Kraft das ihnen an Kämmer zugestandene Forderungsrecht aufgehoben habe. Allein dies ist schon deßhalb unrichtig, weil die Aufgabe des Nachlasses, von welcher L.R.S. 802. Ziff. 1 handelt, mit der Verzichtleistung nicht gleichbedeutend ist, eine solche aber dem Vorsichtserben ebensowenig, als dem Erben, der die Erbschaft unbedingt angetreten hat, nach dem auch von dem Landrecht adoptirten Grundsatz: „qui semel heres, semper heres" möglich ist.

Zachariä, IV. Band. §. 619. S. 109 vor und in Note 32.

Marcadé, explication du code civil tome III. pag. 185.

Lauckhard, Rechtsfälle 3. Bd. S. 324.

—. Die Gantmassevertreter verlangten später von der Almosenpflege die erwähnten, von ihr eingezogenen Liegenschaftserlöse zurück, indem solche zur Gantmasse gehörten. Sie begründeten diesen ihren Anspruch damit, daß sie behaupteten, die Almosenpflege habe, indem sie die fraglichen Gelder erhoben, als Geschäftsführerin der Gantmasse gehandelt, denn diese Gelder gehören zur Gantmasse. Als Geschäftsführerin aber sei die Almosenpflege verbunden, der Gantmasse alle für dieselbe erhobenen Summen nebst Zinsen zu vergüten.

Die Almosenpflege dagegen bestritt die rechtliche Begründetheit der Klage.

Nach L.R.S. 802 und 808 hätten Julius und Babette Häuslein über die ihnen durch Amtsrepisoratsverweisung als väterliche Erbschaft zugewiesene Forderung

Digitized by Google

der Erbmasse ihres Vaters auch als Vorsichtserben gültig verfügen und folgeweise habe die Almosenpflege auch die Zahlung durch richterliche Zuweisung erlangen können. Ueberdies gehöre nach § 800 der Pr.O. nur dasjenige Vermögen des Cridars zur Gantmasse, was zur Zeit der Ganteröffnung vorhanden sei. Der Einzug der Gelder sei schon im Jahr 1852, die Ganteröffnung aber erst im Jahre 1853 erfolgt.

Der Untergrichter erkannte nach der Rechtsansicht der beklagten Almosenpflege und wies die Klage ab.

Die Klägerin appellirte und machte in II. Instanz geltend, daß die Almosenpflege ihre Rechte auf die fraglichen Erbmasseausstände von den beiden Erben Julius und Babette Häuslein ableiten, wogegen die Beklagte behauptete, sie leite ihre Ansprüche daher ab, daß sie Gläubigerin der Erbmasse gewesen und nur an die beiden Erben, an die sie überall keine persönlichen Ansprüche zu machen gehabt habe, verwiesen worden sei.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises bestätigte am 3. Mai 1856 das abweisende Urtheil I. Instanz aus folgenden

Gründen:

Nach L.R.S 808 Abs. 2 waren die verwiesenen Vorsichtserben befugt, da eine Einsprache von Seiten der Gläubiger nicht erhoben wurde, die Almosenpflege auf Anmelden mit ihrer Forderung zu befriedigen oder was dieser freiwilligen Zahlung gleich steht, im Vollstreckungswege durch richterliche Zuweisung sich hierzu anweisen zu lassen.

Wenn nun auch gleichwohl, nachdem diese Zahlung theilweise an die Beklagten erfolgt war, die Vorsichtserben, weil sich verschiedene Masseausstände als unbeibringlich darstellten und bei einer späteren Aufnahme des väterlichen Nachlasses eine Ueberschuldung ergab, nach den Bestimmungen des L.R.S. 802 den Gläubigern die Erbschaftsstücke überließen, so ist dennoch die Beklagte nicht verbunden, das von den Vorsichtserben Empfangene zur Gantmasse des Vaters derselben wieder herauszugeben. Denn einmal war die Beklagte nicht Gläubigerin des Julius und der Babette Häuslein, sondern der Erbmasse des Jakob Häuslein und wurde nur zur Empfangnahme ihrer Forderung von der zuständigen Theilungsbehörde an die Ersteren verwiesen, zum andern gründet sich die erhaltene theilweise Zahlung ihrer Forderung auf das Erbverzeichniß und ein richterliches Urtheil und endlich erhielt sie die Zahlung von hierzu berechtigten Personen, den hierzu angewiesenen Vorsichtserben.

Gegen einen, auf solche Weise bezahlten Erbschaftsgläubiger steht aber den Gantgläubigern ein Rückforderungsrecht überall nicht zu, sondern sie können nur von den Vorsichtserben über die Verwaltung des Erbvermögens nach Maasgabe des L.R.S. 803. 804. 808. 809 Rechenschaft verlangen. Stf.

37.

Ist zur gerichtlichen Verfolgung eines Anwalts wegen eines Dienstvergehens die Genehmigung der Dienstbehörde, beziehungsweise des großh. Staatsministeriums erforderlich?

Diese Frage, kam meines Wissens seit der Einführung unserer neuen Strafgesetzgebung vor Kurzem zum ersten Male zur gerichtlichen Erörterung und wurde verneinend entschieden.

Ein Amtsgericht glaubte nämlich, gegen einen Anwalt eine Untersuchung wegen eines Dienstvergehens einleiten zu sollen, und legte dem Hofgerichte seine Acten vor, um die nach der Meinung jenes Amtsgerichts erforderliche Genehmigung zu ertheilen.

Das Hofgericht war einstimmig der Ansicht, daß nicht es, sondern das großh. Justizministerium die Dienstbehörde sei, welche der §. 9 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 und der §. 1. lit. c der allerhöchsten Entschließung vom 11. Januar 1856 Reg Bl. No. III. im Auge habe, denn das großh. Justizministerium sei die Behörde, welche die Anwälte zu entlassen befugt sei.

Nur darüber trat eine Meinungsverschiedenheit hervor, ob das Hofgericht oder das großh. Justizministerium die Frage der Nothwendigkeit der fraglichen Genehmigung zu entscheiden habe. Die Minorität war der Ansicht, daß derjenigen Behörde, welcher überhaupt eine Entscheidungsbefugniß in der fraglichen Sache zustehe, auch die Entscheidung der Vorfrage, ob eine Genehmigung im Sinne des §. 9 des Einf Ges. erforderlich sei, oder nicht, zustehen müsse, während die Majorität sich zu der Ansicht hinneigte, daß jene Vorfrage von dem Hofgerichte entschieden werden könne.

Man vereinigte sich dahin, die Entscheidung des großh. Justizministeriums einzuholen, welche dahin erfolgte, daß

Digitized by Google

es hier keiner dienstpolizeilichen Ermächtigung bedürfe, weil, obgleich die Anwälte von Seite der Staatsregierung ernannt und beaufsichtigt würden, doch ihr Beruf, indem sie nicht für bestimmte öffentliche Zwecke, im Auftrage der Staatsgewalt thätig seien, sondern nur Privatinteressen verträten, nicht als ein öffentlicher Dienst im Sinne des § 657 des Str.G.B. erscheine.

Das Hofgericht war in dieser Beziehung einstimmig von der nämlichen Ansicht ausgegangen, indem es annahm, R. sei zwar ein öffentlich aufgestellter Anwalt oder Schriftverfasser im Sinne der §§. 537 u. 538 d. Str.-G.B., aber kein öffentlicher Diener im Sinne d. §§. 657 u. 658 des Str.G.B., denn Anwälte seien überhaupt keine Diener der Staatsgewalt im gesetzlichen Sinne, weßhalb auch in den gedachten §§. des Str G.B. die Anwälte und Schriftverfasser unter den öffentlichen Dienern nicht genannt seien.

Das Verhältniß ist ein ganz ähnliches, wie das der praktischen Aerzte.

Fr. Schenk.

53.

Das Gericht, welches sein Urtheil auf eine nicht besonders angerufene Vertragsurkunde stützt, welche (zufällig) bei Akten sich befindet, auf welche eine Partei im Allgemeinen sich berufen hat, verletzt die Vorschriften des Verfahrens.

Gegen ein solches Urtheil findet die Appellation, beziehungsweise Oberappellation ohne Rücksicht auf das Dasein der Ordinationssumme statt. §. 1128. 3. d. Pr.O.

In Sachen des Sebastian Lehmann in Thiergarten, als Erbpflegers der Verlassenschaft der Anton Hubers Wittwe von dort gegen Anton Huber daselbst, Forderung betreffend, hatte das großh. Hofgericht sein Urtheil auf den Inhalt der Urkunde über den Gutsübergabsvertrag vom 6. Dezember 1847 gebaut, auf welche keine Partei sich berufen hatte, und über welche der klägerische Theil, gegen den sie in Betracht gezogen wurde, nicht gehört worden war.

Dieser führte trotz des Mangels der, durch §. 1192 der Pr.O. vorgeschriebenen, Summe die Oberappellation aus, indem er die Zulässigkeit des Rechtsmittels auf die Bestimmung des §. 1128 Ziff. 3 der Pr.O. stützte, weil das großh. Hofgericht Vorschriften des Verfahrens verletzt habe.

Das großh. Oberhofgericht gab dem Rechtsmittel statt, weil in jener Benützung der Urkunde eine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens liege, einerseits nämlich der Vorschrift des §. 388 der Pr.O. (vrgl. mit §. 5 derselben), wonach es unzulässig ist, von Amtswegen Urkunden aufzusuchen und vorzulegen und andererseits der aus den Grundsätzen über das rechtliche Gehör folgenden Vorschriften der §§. 384. 387. 391 der Pr.O., welche bezwecken, daß derjenigen Partei, gegen welche eine Urkunde gebraucht werden soll, volle Gelegenheit gegeben werde, ihre Einwendungen gegen die Beweiskraft derselben vorzubringen.

Das großh. Hofgericht hatte zwar in den Entscheidungsgründen die Ansicht ausgesprochen, die fragliche Urkunde sei von dem klägerischen Theile selbst, gegen welchen sie spreche, dem Gerichte unterbreitet worden, weil die eben gedachte Partei die, auf Ableben der Anton Hubers Wittwe erwachsenen, Erbtheilungsakten angerufen habe, weil diese darauf hin vorgelegt worden seien und weil sich bei denselben eine beglaubigte Abschrift jener Urkunde befunden habe; allein das großh. Oberhofgericht hielt diese Ansicht nicht für richtig, indem es erwog, daß der klagende Theil die erwähnten Acten nur ganz im Allgemeinen angerufen hatte, ohne irgendwie auf den Gutsübergabsvertrag hinzuweisen, und daß in der Berufung auf die Erbtheilungsacten an und für sich jedenfalls keine Berufung auf jenen Vertrag gefunden werden könne, weil ja die Vertragsurkunde keinen nothwendigen Bestandtheil der genannten Acten ausmache, vielmehr deren Verbindung mit diesen Acten nur eine zufällige sei, weil somit auch aus dem Willen des klägerischen Theils, die gedachten Acten zur Kenntniß des Richters zu bringen, noch keineswegs auf den Willen, jene Vertragsurkunde dem Gerichte zu unterbreiten, geschlossen werden könne.

Die Entscheidungsgründe zum hofgerichtlichen Urtheile leiteten noch weiter daraus einen Grund für die Zulässigkeit der Berücksichtigung des Vertrags vom 6. Dezember 1847 ab, daß nicht nur die Klage, sondern auch die speciell angerufene Abrechnung vom Jahr 1855 auf den Gutsübergabsschilling Bezug nähmen, allein das großh. Oberhofgericht hielt auch diesen Grund für unzureichend, indem aus solcher Bezugnahme die Berechtigung des Richters, Urkunden, die zwar den Uebergabspreis betreffen,

Digitized by Google

aber von den Parteien nicht angerufen sind, aufzusuchen und zu berücksichtigen, nicht abgeleitet werden könne.

In der Oberappellationsvernehmlassung war ferner ausgeführt, daß sich die Entscheidung des großh. Hofgerichts nicht ausschließlich auf die Vertragsurkunde vom 6. Dezember 1847 und die daraus entnommene Thatsache stütze, daß derselben vielmehr ausweislich der Entscheidungsgründe noch weitere Erwägungen zur Seite stünden, und daß somit die Mängel, auf deren Vorhandensein die Zulässigkeit der Oberappellation gestützt werde, keinen erheblichen Einfluß auf den Inhalt des Urtheils geäußert hätten; allein das großh. Oberhofgericht hielt dafür, diese Einwendung sei keineswegs im Stande, die Oberappellation zu beseitigen, da der Inhalt der oft gedachten Vertragsurkunde ausdrücklich in den Entscheidungsgründen geltend gemacht sei und nicht ermessen werden könne, ob, falls der Richter jene Urkunde nicht berücksichtigt hätte, das Urtheil ausschließlich auf den Grund anderweitiger Erwägungen hin in derselben Weise ergangen wäre, wie es ergangen sei.

Dem großh. Oberhofgericht stellte sich hiernach die Oberappellation als zulässig dar; weil aber die Klage nicht als genügend begründet erschien, so wurde am 15. Oktober 1860 demungeachtet das den Kläger abweisende hofgerichtliche Urtheil bestätigt. Stf.

59.

Zu Ziff. 40

in No. 15 der Annal. will Hr. Rechtsanwalt Eichrodt Folgendes nachgetragen haben:

„Hinsichtlich der Bemerkungen der verehrlichen Redaktion zu III. meines Aufsatzes in No. 15 d. Ptr. erlaube ich mir Folgendes zu erinnern:

Wenn das Verbrechen des Meineids auch vom Schwurgerichte abgeurtheilt wird, so hielt es doch — wie die Erfahrung seither gezeigt hat — ziemlich schwer, bis ein solcher Fall dorthin gelangt, indem gar häufig solche einschlägigen Fälle, wegen mangelnden Thatbestandes oder nicht vorhandenen Beweises, in Bezug auf das Erforderniß des „wissentlich" falsch geleisteten Eides von der Anklagekammer zurückgewiesen werden, resp. die gerichtliche Verfolgung eingestellt wird. Die Formel des sog. Nichtwissenseides lautet seit 1851 bekanntlich: „Ich habe u. s. w. nicht die Ueberzeugung erlangt." Ein sicherer Beweis dafür, daß Jemand wider seine Ueberzeugung, die etwas rein Inneres, Subjektives und Individuelles ist, einen Eid abgelegt habe, ist nun kaum zu liefern. Weit eher war dieses nach der alten Formel der frühern Prozeßordnung möglich: „Ich habe ꝛc. nicht in Erfahrung gebracht."

Damit ist zugleich die zweite Redaktionsbemerkung beantwortet, indem es auf die Ueberzeugung des Richters, resp. der Geschworenen von der Falschheit eines ausgeschworenen Nichtwissenseides deßhalb nicht ankommt, weil ein solcher Fall an dieselben factisch kaum gelangen wird. Einmal vor das Forum der Geschworenen gelangt, wäre allerdings auf den Grund der allein maaßgebenden moralischen Ueberzeugung derselben, auch eine Verurtheilung desjenigen möglich, welcher einen Nichtwissenseid nach Fassung der jetzigen Formel falsch, d. h. wider seine individuelle Ueberzeugung ausgeschworen hat. Für jene spricht gerade dasjenige, was in dem Aufsatze III. in No. 15 über die allgemeine logische Ueberzeugung der Gesammtheit gesagt ist."

In meinem Verlage erscheint Mitte September:

Beiträge zur deutschen Criminalstatistik.

Nach amtlichen Quellen bearbeitet von Ludwig Trieſt, Präsident und geheimer Justizrath. Preis fl. 1. 48 kr. (Separatabdruck aus O. Hübners Jahrbuch für Volkswirthschaft und Statistik.)

Heinrich Hübner in Leipzig.

Bei **Ferdinand Enke** in **Erlangen** ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Gerichtssaal, der. Zeitschrift für volksthümliches Recht und wissenschaftliche Praxis. Herausgegeben von Dr. A. Ritter von Hye-Glunek, Dr. K. J. A. Mittermaier und Dr. F. O. Schwarze. XIII. Jahrg. 1861. 6 Hefte, gr. 8. br. 2 Thlr. 16 Sgr. oder 4 fl. 24 kr.

Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. In Verbindung mit mehreren Gelehrten. Herausgegeben von Professor Dr. H. Th. Schletter. 1861. VII. Band. 1. Heft. hoch 4. br. 20 Sgr. oder 1 fl. 12 kr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schurzfleisch in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII. No. 19.

60.

Kann ein Grund- oder Hauseigenthümer, welcher durch Rauch und Ruß aus den Kaminen einer nicht unmittelbar an sein Eigenthum angrenzenden Fabrik beschädigt oder belästigt wird, von dem Fabrikinhaber Beseitigung der, Rauch und Ruß verbreitenden, Anlagen oder wenigstens Entschädigung verlangen?

A. Im Gebiete des gemeinen Rechts handelt es sich bei Entscheidung der Frage, ob und in wie weit überhaupt der Nachbar das Eindringen von Rauch, Ruß ꝛc. zu dulden habe, vorzugsweise um die Auslegung des fr. 8. §. 5. 6. 7. si serv. vindicetur 8. 5.

Das Oberappellationsgericht in Dresden hat sich im Mai 1844 in einem Falle ausführlich darüber ausgesprochen, wo in einer actio negatoria gebeten war, daß der beklagte Nachbar seine Gasbereitungsanstalt, welche ihm durch Ueberströmen des Steinkohlenrauchs und der ammoniacalischen Dämpfe ꝛc. Nachtheil bringe — von ihrem gegenwärtigen Standpunkte entferne oder wenigstens die Steinkohlenfeuerung und die Bereitung von Gas in derselben gänzlich einstelle, wie nicht minder dem Kläger den erweislichen Schaden vergüte.

In den Motiven, welche in

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. III. Ziff. 7 S. 8 ff.

mitgetheilt sind, ist ausgeführt:

„Aus den Worten des fr. 8 §. 5. 6. 7. D. si serv. vindicetur (8. 5), insbesondere aus §. 5 geht deutlich hervor, daß das Recht des Eigenthümers, auf seinem Grundstück zu schalten und zu walten, wie er wolle, in der hier fraglichen Beziehung kein unbeschränktes sei, vielmehr der benachbarte Grundstücksbesitzer die Erzeugung von Rauch und Dämpfen auf dem, einem andern Eigenthümer gehörigen Grund und Boden, sobald der Rauch oder die Dämpfe auf sein Grundstück sich verbreiten, unter gewissen Umständen zu hindern befugt sei.

Die gedachte Pandectenstelle hat allerdings, wie aus den mehrfach darin gebrauchten Ausdrücken: inferius und superius praedium hervorgeht, nur den Fall vor Augen, wenn von einem niedriger gelegenen Grundstück der nach allgemeinen Naturgesetzen der Regel nach in die Luft sich erhebende Rauch auf das höher befindliche Grundstück einströmt.

Im vorliegenden Falle ist nach dem Inhalte der Klage bloß von nebeneinander liegenden Grundstücken die Rede. Der Grund aber, welcher von den römischen Juristen für das in dem citirten fr. 8. §. 5 ausgesprochene Verbot der immissio fumi aufgestellt wird:

„in suo alii hactenus facere licere, quatenus nihil in alienum immittat“

paßt offenbar eben so gut bei neben einander gelegenen, als bei einander überragenden Grundstücken.

Funke, Beiträge zur Erört. prakt. Rechtsfragen S. 154.

Nicht jeder, in den Luftraum des einen Grundstücks aus dem andern eindringende, Rauch begründet eine Klage auf dessen Abwendung.

Als Belästigung zur Begründung eines Klagerechts kann nicht der Rauch angesehen werden, welcher in Folge der gewöhnlichen Verrichtungen des häuslichen Lebens und der Benutzung des Grundstücks zu den gewöhnlichen Zwecken verursacht wird. Vielmehr ist, wie im §. 6 des citirten fr. 8 angedeutet wird, das Verbot der Immission darauf zu beschränken, daß der Eigenthümer ein durch besondere Veranstaltungen zu einem außergewöhnlichen Zweck herbeigeführtes Eindringen des Rauchs aus dem Nachbargrundstücke, woraus ihm zugleich ein erheblicher Nachtheil erwächst, nicht zu dulden brauche. *).

Vrgl. Glück, Erläuterungen der Pandekten, Thl. X. S. 137.

*) Das O.A.G. zu Celle hat am 22. Juni 1837 in einem in Seufferts Archiv Bd. II. Nr. 14. S. 18. 19 mitgetheilten Falle erkannt: „Niemand ist in Ermanglung eines besonderen Verpflich-

Spangenberg, im Archiv für civ. Praxis, Bd. IX. S. 269.

Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, Thl. VI. S. 170.

v. Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen, Thl. I. Abth. 1 S. 479.

Dieser Nachtheil darf auch nicht etwa blos in der Beeinträchtigung oder Verhinderung einer außerordentlichen, besonders gewinnreichen Art der Benutzung des Grundstücks bestehen, welche der von dem Rauch leidende Eigenthümer zufällig bisher ausübte. Denn durch das Aufhören einer solchen besondern Benutzungsweise entgeht dem betreffenden Eigenthümer nur ein Gewinn, den er außerdem bezogen haben würde. Nicht ein bloßes lucrum cessans aber, sondern nur eine, in der gewöhnlichen Benutzung des Grundstücks hinderliche, und sonach als positiver Schaden (damnum emergens) sich darstellende Belästigung gibt im Verhältniß mehrerer Grundbesitzer zu einander dem einen ein Klagrecht wider den andern. *)

Fr. 26 de damn. infecto (39. 2).

Was endlich die Frage anlangt, ob nur ein durch künstliche Vorrichtungen auf das Nachbargrundstück geleiteter, oder auch ein durch die Richtung des Windes, mithin mehr zufällig dahin getriebener Rauch die Negatorienklage begründe, so ist zwar der Ansicht derjenigen Rechtslehrer beizutreten, welche die citirte römische Gesetzstelle insbesondere wegen des Ausdrucks „fumum immittere“, und der Schlußworte des §. 8 zunächst nur von dem ersteren, nicht auch von dem letztern Falle verstehen.

Hagemann, prakt. Erörterungen, Bd. VII. Erört. 127. S. 385

Indessen, wenn auch der römische Jurist, von welchem jenes Fragment herrührt, nur das Eindringen des Rauchs vermittelst einer künstlichen Vorrichtung vor Augen gehabt haben sollte, so schließt dies doch nicht aus, daß der von ihm aufgestellte Grundsatz analog auf die Fälle angewendet sei, wo der Eigenthümer des Grundstücks, von welchem der Rauch in Folge eines besondern Apparates in ungewöhnlicher Masse aufsteigt, demselben zwar seinen freien Lauf läßt und keine besondern Anstalten trifft, um ihn dem Nachbargrundstück zuzuführen, das Einströmen des von der Luftströmung fortgeführten Rauchs aber auf das Letztere so regelmäßig und ununterbrochen erfolgt, oder wenigstens in so kurzen Zwischenräumen sich wiederholt, daß erheblicher Schaden daraus entsteht. Ob die Ursache des Schadens, das Eindringen des Rauchs, eine etwas entferntere oder unmittelbare Folge der Handlung des Gegners sei, kann keinen Unterschied mehr machen, sobald die Belästigung nur als eine nothwendig eintretende und voraussichtlich bleibende Wirkung dieser Handlung erscheint. *)

Vergl. Gesterding, a. a. O. S. 405. 407.

---

fungsgrunds verbunden, in seiner Wohnung die Belästigung durch Rauch, Qualm oder Dampf, welcher ihm aus den Kelleröffnungen oder Fenstern des zur Lichtgießerei und Seifensiederei dienenden Nachbarhauses zugeführt wird, zu dulden.“

*) Auch das O.A.G. zu Celle hat im Jahr 1848 in einem Falle, wo der Nachbar einer Ziegelei dafür, daß durch den aus dieser aufsteigenden Dampf die auf seinem Grund und Boden befindlichen Bäume beschädigt werden, Schadloshaltung forderte, ausgesprochen, die allerdings in der Regel Jedem zustehende freie Benutzung seines Eigenthums schließe keineswegs die Befugniß in sich, solche neue Werke und Anlagen auf seinem Grund und Boden zu errichten, welche für den Nachbar nicht etwa eine bloße Belästigung und Unbequemlichkeit, sondern eine Zerstörung des Eigenthums oder doch einen positiven Vermögensschaden zur nothwendigen Folge haben.

Aus fr. 8. §. 5—7 si servit. vindic. 8, 5 lasse sich eine Befugniß nicht ableiten, welche den aus den nachbarlichen Verhältnissen entspringenden Rechten und Verpflichtungen völlig zuwiderlaufen würde.

Seuffert Archiv Bd. VIII. No. 346. S. 452. 453.

*) In denselben Entscheidungsgründen wird fortgefahren:

„Es kann nicht bezweifelt werden, daß eine Belästigung des Nachbargrundstücks durch Verbreitung schädlicher, unter den Boden durchdringender Substanzen von dem Eigenthümer desselben ebensowenig geduldet zu werden braucht, als das Eindringen des Rauchs.

Die Regel, daß die Immission einer res corporalis von einem Grundstück auf das andere als eine Ueberschreitung der Befugniß des Eigenthümers, über seine Sache zu disponiren, zu betrachten sei, leidet auch hierauf Anwendung.

Vrgl. Gunet, in den Bemerkungen aus dem römischen Oekonomierechte, Archiv für civ. Praxis Bd. XVII No. 2, S. 36.

Denn im Sinne der römischen Juristen, welche im Gegensatz zu den unkörperlichen Sachen, die nur im Begriff existiren, Alles das als res corporalis bezeichnen, quod tangi potest, §. 1, 2. J. de rebus corporalibus et incorporalibus (2. 2),

d. h. was durch die äußeren Sinne wahrgenommen wird, erscheinen auch die Gasarten, welche Kläger als die das Brunnenwasser inficirenden Stoffe benennt, als körperliche Gegenstände, so gut wie

Auch das Oberappellationsgericht zu Lübeck hat sich in den Gründen zu einem Urtheil vom 29. Okt. 1840

---

der Rauch und das Wasser. Ob das Eindringen dieser auf das Nachbargrundstück immittierten Substanzen durch die Luft und über der Oberfläche, oder unterhalb derselben durch ein Durchdringen des Bodens erfolge, erscheint ganz gleichgültig. Das Eigenthum erstreckt sich ohne Zweifel und sogar nach viel sicherern Grundsätzen auch auf den unter der Oberfläche des Grundstücks befindlichen leicht abzugrenzenden Raum, als sich dies nach dem Obigen von der Luftsäule darüber behaupten läßt.

Fr. 7. §. 13. 14. fr. 8 soluto matrim. (24. 3);
fr. 9. §. 2. 3. fr. 13. §. 5. de usufr. (7. 1);
Glück, Erläuterungen der Pand. Bd. VIII. §. 576. S. 39. 40.
Göschen, Vorlesungen über das Civilrecht. Bd. II. 1. Abth. §. 225. S. 24. 25.

Daher befindet sich auch das Quellwasser, welches auf einem Grundstück zu Tage gefördert wird, in dem Eigenthum des Grundbesitzers,

Fr. 11. pr. quod vi aut clam (43. 24);
fr. 6. de serv. et aqua (3. 34),

und die von dem Nachbargrundstück ausgehende Vermischung fremdartiger schädlicher Stoffe mit diesem Wasser enthält sonach eine Verletzung des Eigenthumsrechts. Zwar könnte man entgegensetzen, daß, da dem Besitzer eines Grundstücks nach den Aussprüchen der römischen Rechtsquellen

Fr. 1. §. 12. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3),
fr. 24. §. ult. fr. 26. de damn. inf. (39. 2),

erlaubt sei, seinem Nachbar das auf dessen Grundstück zu Tage kommende Quellwasser durch Anlegung eines Brunnens auf eigenem Grund und Boden und Abschneidung des Wasserzuflusses ganz zu entziehen, noch viel weniger eine bloße Störung in der Benutzung des Wassers, durch die Vermischung mit andern Substanzen herbeigeführt, welche im schlimmsten Falle doch auch keine andere Folge haben könne, als dem Nachbar den Gebrauch seiner Brunnen unmöglich zu machen, als ein Eingriff in das fremde Eigenthumsrecht betrachtet werden könne. Allein der Unterschied in der Behandlung beider Fälle liegt eben darin, daß bei einer Abgrabung des Quellwassers der eine Eigenthümer dem andern nur vermöge der freien Gebahrung mit seinem eigenen Grundstück mittelbar etwas entzieht, ohne das fremde Grundstück zu berühren, die Verunreinigung des Brunnenwassers aber eine wahre Immission, ein Eindringen fremder Stoffe auf das Nachbargrundstück enthält, welche die Gesetze verbieten. Die von dem Kläger aufgeführte

Fr. 3. pr. de aqua et aquæ pluviæ (39. 3)

spricht in den Schlußworten: si tamen aquam corrumpat, vel si spurcam immittat, posse eum impediri, ein ausdrückliches Anerkenntniß dieses Unterschiedes aus, welcher auch schon in dem oben citirten Fr. 26. de damn. inf. angedeutet wird. Endlich lassen auch die von dem Kläger angezogenen Gesetzstellen,

Fr. 19. pr. de serv. praed. urb. (8. 2),
fr. 13. fr. 17. §. 2. si serv. vind. (8. 5),

wo die Negatorienklage in den Fällen, wenn aus der Mißstätte eines Grundbesitzers oder seinen beschädigten Kanälen oder seinen warmen Bädern auf das Nachbargrundstück zufällig denselben schädliche Feuchtigkeit eindringen, für begründet erklärt wird,

vgl. Franke im Archiv für civ. Praxis, Bd. XXI. No. 1. S. 32,

das denselben zu Grunde liegende Prinzip deutlich erkennen, daß Immissionen flüssiger Körper, welche nachtheilig auf das benachbarte Grundstück einwirken, ebensowenig gestattet sind, wie die von festen Körpern, ohne daß übrigens hierbei darauf etwas ankommt, ob das Eindringen absichtlich von dem Nachbar herbeigeführt worden, oder nur durch Zufall und Nachlässigkeit bei einem zu andern Zwecken errichteten besondern Apparat entstanden ist."

In diesen Entscheidungsgründen ist noch bemerkt, daß auch in dem Fall, wenn das Ausströmen von Rauch und Dämpfen einem nachbarlichen praedium rusticum (obschon fr. 8. §. 5—7. si serv. vind. nur von praediis urbanis spricht) erheblichen Nachtheil zufügt, dem Nachbarn die Befugniß zustehe, auf Abwendung dieses Nachtheils zu klagen.

Seuffert, Archiv Bd. 3. Ziff. 7. S. 11—14.

über das Nachbarrecht, das Ueberströmen von Rauch und Dampf betreffend, in ähnlicher Weise dahin ausgesprochen:

1. daß in fr. 8. §. 5—7 si servit. vind. 8, 5 gar keine feste Entscheidung für concrete Fälle enthalten sei, sondern daß sich daraus neben der Entscheidung für die dort unterstellten speziellen Verhältnisse, nur noch im Allgemeinen die, auch sonst keinem Zweifel unterliegende Regel:

„in suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat,"

sowie die Möglichkeit gewisser Widerspruchsrechte entnehmen lasse, welche unter Nachbarn in Beziehung auf die Verbreitung des Rauchs geltend gemacht werden dürfen.

In fr. 44 de inj. 47, 10 sei anerkannt, daß Niemand blos zu dem Zwecke, um seinen Nachbarn zu chikaniren, Rauch nach dessen Grundstück hin verbreiten dürfe.

In §. 7 des fr. 8 sei die bestimmte Entscheidung enthalten, daß, um die zur Ableitung des Dampfs, und ebenso auch des Rauchs, bestimmten Röhren bis in das Grundstück des Nachbarn hineinleiten zu dürfen, eine Servitut nothwendig sei und mithin auch gültig bestellt werden dürfe.

Aus den §§. 5. 6 des fr. 8 aber lasse sich nur so viel folgern, daß die Nachbarn sich auch noch anderweitige, bedeutende Belästigungen durch Rauch, zumal wenn diese die Folge besonderer Gewerbe oder eigenthümlicher Vorrichtungen seien, nicht ohne Weiters gefallen zu lassen brauchen, und daß es ebendeshalb statthaft sei, solche außerordentliche Verhältnisse durch Servituten bestimmter zu regeln.

Unter immissio fumi dürfe keineswegs blos eine besondere Vorrichtung, wodurch der Rauch den Nachbarn künstlich zugeführt werde, sondern überhaupt den Umständen nach das Eindringen des Rauchs in höher liegende Gebäude, auch schon nach bloßen Naturgesetzen verstanden werden, was namentlich auch fr. 44 andeute.

II. Daß nach der Natur der Sache im Allgemeinen zwar die Befugniß, auf seinem eigenen Grund und Boden und zum eigenen häuslichen Gebrauche Feuer zu machen, im Ganzen unbeschränkt bleiben müsse, und daß man daran namentlich nicht wegen seltener außerordentlicher Belästigungen, die den Nachbarn daraus erwachsen, gehindert werden dürfe; daß aber andererseits auch nicht blos die Absicht, den Nachbar zu chikaniren, sondern ebensowohl auch die nachtheilige Anlage eines Schornsteins, sowie der Betrieb eines besonderen Gewerbs, ein Widerspruchsrecht des Nachbarn zu begründen geeignet sein können.

Demnach komme in einzelnen Fällen dieser Art immer sehr viel auf das freie Ermessen des Richters an, welches sich nach folgenden leitenden Gesichtspunkten richte:

1) Das Quantum des dem Nachbaen zugeführten Rauchs und ob derselbe von gewöhnlichen Herden und Oefen, oder von einem besonderen Gewerbe herrühre;
2) der Grad der dadurch verursachten Belästigung;
3) die größere oder geringere Leichtigkeit der Abhülfe, ohne erheblichen Nachtheil für den zu beschränkenden Eigenthümer.

Seuffert, Bd. IX. No. 218. S. 293—295.

Im Archiv für die civilistische Praxis IX. Band No. XIII. S. 265. 272 ist in dieser Beziehung ausgeführt:

Der Nachbar dürfe das Herüberkommen von körperlichen Gegenständen, z. B. von Abfall, Unreinigkeiten, Rauch oder Staub aus dem Nachbargut verbieten, die Belästigung durch Rauch und Staub jedoch nur, wenn sie das Maas des Gewöhnlichen übersteigen.

Als außergewöhnlich erscheine dasjenige, was den Kreis der gewöhnlichen Lebensweise im Allgemeinen und ohne Berücksichtigung eines besonderen Gewerbs oder einer besonderen Thätigkeit überschreitet.

Hiernach seien als außergewöhnliche Belästigung für den Eigenthümer alle widrigen Ausflüsse zu betrachten, welche aus der Betreibung eines besonderen Gewerbs durch den Nachbar entstehen, obgleich sie an und für sich nur gewöhnliche Folgen des Gewerbes selbst sind.

Wo jedoch das Immitirte nicht etwas Körperliches sei, sondern nur die Sinne unangenehm afficire, da könne nur das Einschreiten der Polizei nachgesucht werden.

Dem Gewerbsmann liege daher die Verpflichtung ob, seinen Apparat so einzurichten, daß er dadurch seinem Nachbar in und aus seinem Besitzthum nicht lästig werden könne; wenn er nicht eine Servitut erworben habe, wodurch der Nachbar gezwungen werde, die Immission solcher körperlichen Gegenstände zu dulden.

Vrgl. auch noch:

Reinhard, über das Recht des Eigenthümers gegenüber dem Nachbarrecht und dem Recht auf Entschädigung. Archiv für civ. Praxis XXX. Num. 8 (1847).

B. In Frankreich hat Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis sich vielfach mit dieser, in unserer Zeit industriellen Fortschritts so praktischen, Frage beschäftigt, wie in:

Zachariä, fr. Civilr. §. 194 Note 8 Bd. I. S. 469,
§. 448 Note 7 Bd. II. S. 583,

zu ersehen ist,

vrgl. Demolombe, T. VI. No. 650 ff.,
Marcadé, ad art. 674. II. p. 590,
Pardessus, servit. p. 149. 303. No. 199. 340,
Dalloz, repert. T. XXVII. p. 720 No. 11—13,
Sirey 1844. I. 811,
1845. I. 825,
II. 475,
1848. I. 311,

und die fr. Gerichte lassen ihr Ermessen vorzugsweise durch die Umstände des einzelnen Falles leiten.

C. Der badische Richter ist bei Entscheidung über solche Collisionen in Benützung des Eigenthums, von der Partikulargesetzgebung verlassen und auf sein Ermessen angewiesen, für welches in den

Jahrb. für bad. Recht Bd. I. S. 72—76

die leitenden Grundsätze aufgestellt sind, welche bei schädlichem Hinüberwirken industrieller Etablissements auf Nachbargut einschlagen.

Vrgl. Annalen 1860 (XXVI.) No. 55. Ziff. 112. S. 233.

Magazin III. S. 441.
V. S. 166.

Digitized by Google

Gelten aber dieſe Grundſätze auch da, wo das beläſtigte Eigenthum nicht neben dem beläſtigenden liegt, ſondern durch dazwiſchen liegende Räume von demſelben getrennt iſt, wenn alſo die beſchädigenden Stoffe nicht unmittelbar aus der Luftſäule des einen Eigenthums in die des andern hinüberdringen, ſondern durch das medium des dazwiſchen liegenden Luftraums über dem Eigenthum Dritter erſt in den des Beſchädigten und auf deſſen Grund und Boden oder in deſſen Haus gelangen? In ſolchen Fällen wird es, ähnlich wie in denen des L.R.S. 645, Pflicht der Gerichte ſein, den Vortheil der fortſchreitenden Induſtrie mit der Achtung, die man dem Eigenthum ſchuldig iſt, zu vereinbaren.

In einem in Seuffert, Archiv Bd. 11. No. 114. S. 166. 167 mitgetheilten Falle, wo in der Nähe einer zur Bleiche benützten Wieſe eine Dampfmühle angelegt wurde und der Wieſenbeſitzer behauptete, durch den in der Mühle erzeugten Rauch eine Beeinträchtigung der gedachten Benützung ſeines Grundſtücks zu erleiden, welche er auf den Grund des fr. 8. §. 5—7 si servitus vindicetur 8, 5, mit der Negatorienklage abzuwenden ſuchte, erkannte das Oberappellationsgericht zu Lübeck am 28. Juni 1853, eine buchſtäbliche Anwendung der in Bezug genommenen Stelle vermöge zwar das Verlangen des Klägers nicht zu begründen, denn es ſei weder von einem höher oder niedriger gelegenen Gebäude die Rede, noch liege der Fall ſo, daß durch eine künſtliche, an der Grenze angebrachte Vorrichtung der Rauch in die Luftſäule des Nachbarn hineingeleitet werde.

Allein der Grundſatz, nach welchem der röm. Juriſt den ihm vorliegenden Fall beurtheilt habe, müſſe auch da, wo die faktiſche Lage der Sache abweiche, zur Anwendung kommen.

Nach dieſem Grundſatz ſei nämlich Niemand verpflichtet, zu dulden, daß durch außergewöhnliche bleibende Vorrichtungen auf einem benachbarten Grundſtücke ein Rauch erzeugt werde, deſſen regelmäßig ſich wiederholende Verbreitung über den Luftraum eines unmittelbar oder mittelbar benachbarten Grundſtücks, einer gewöhnlichen Benutzungsweiſe des letzteren erheblichen Abbruch thue.

Zwar gebe der durch einen gewöhnlichen Geſchäftsbetrieb erzeugte Rauch, inſofern er nicht dem unmittelbaren Nachbar beſonders zugeführt werde, den Eignern benachbarter Grundſtücke kein Recht zur Beſchwerde, auch berechtige nicht jede geringfügige, von Wind und Wetter abhängige, Beläſtigung zum Einſpruch; andererſeits könne aber auch darauf, ob das Grundſtück ein unmittelbar angrenzendes, ſowie darauf, ob die aus der Rauchverbreitung hervorgehende Gebrauchsbeeinträchtigung durch künſtliche Vorrichtungen, oder durch regelmäßig wiederkehrende Natureereigniſſe, oder durch Beides veranlaßt werde, nichts ankommen.

Die Herrichtung eines hohen Schornſteins, durch welchen der Rauch einer tagtäglich verbrannten ungewöhnlich großen Quantität Steinkohlen abgeführt werde, gehöre zu den außergewöhnlichen Vorrichtungen.

Dagegen könne man die Benützung einer in der Nähe eines Fluſſes gelegenen Wieſe zur Bleiche als eine ungewöhnliche, durch die Natur des Grundſtücks nicht gerechtfertigte, Gebrauchsart nicht bezeichnen.

Wenn alſo bei gewiſſen regelmäßig wiederkehrenden Winden durch den Rauch aus einem Fabrikſchornſtein Subſtanzen in den Luftraum eines Grundſtücks geführet werden, deren Niederſchlag die daſelbſt ausgebreitete Wäſche beſchmutze oder beſchädige, ſo ſei der Eigenthümer dieſes Grundſtücks befugt, mit der Negatorienklage hiergegen Abhilfe zu erwirken.

Anders entſchied das großh. Oberhofgericht in folgendem Falle:

Emil Belſer in Pforzheim, erhob gegen die Fabrikanten Reimann und Benkiſer daſelbſt eine Klage auf Abänderung einer Fabrikanlage und Entſchädigung, worin er behauptete, daß die chemiſche Fabrick der Beklagten auf ſein nahe daran liegendes, aber durch eine ſtädtiſche Anlage mit Obſtbäumen und durch eine Straße von jener getrenntes, Eigenthum ungeſunde und ſchädliche Dämpfe und Dünſte, insbeſondere aber durch die ſeit einigen Jahren darin eingeführte Steinkohlenheitzung große Maſſen von Rauch und Ruß über ſeine, lange vor der Fabrik der Beklagten daſelbſt beſtehende, Bleiche verbreite, und durch die auf die Leinwand herabfallenden Rußflocken in Letzterer Flecken, die gar nicht, oder nur mit großen Koſten und mit Beſchädigung der Leinwand herausgewaſchen werden können, damit aber ihm einen großen Schaden verurſache. Er verlangte deßhalb unter Berufung auf die L.R.S S. 1382 und 674 zu erkennen:

1) die Beklagten ſeien ſchuldig, ihm den durch ihre Fabrik verurſachten und noch künftig ihm zugehenden Schaden, Liquidation vorbehalten, zu erſetzen;

Digitized by Google

2) sie haben ferner diejenigen Einrichtungen in ihrer Fabrik zu treffen, welche nach Angabe der Sachverständigen nötdig sind, um dem Kläger nicht zu schaden.

In der Schlußerklärung, nachdem die Experten begutachtet hatten, daß eine — allen Nachtheil beseitigende Vorrichtung in der Feuerung der Fabrik der Beklagten mit Steinkohlen gar nicht möglich sei, begehrte Kläger weiter, daß den Beklagten die Steinkohlenfeuerung ganz verboten werde.

Die Beklagten bestritten jede Beschädigung des Klägers durch ihre Fabrik und die Verpflichtung zu einem Schadensersatz und zu den vom Kläger verlangten Vorrichtungen, und beriefen sich auf die ausdrückliche Gestattung der Steinkohlenheitzung durch Erkenntniß des großh. Ministeriums des Innern.

Das großh. Amtsgericht Pforzheim erkannte am 1. Februar 1860:

„die Beklagten seien schuldig, dem Kläger den durch die Verbreitung von Dampf, Rauch, Ruß oder anderen schädlichen Substanzen aus ihrer Fabrik seither entstandenen und noch entstehenden Schaden vorbehaltlich besonderer Begründung und Abschätzung zu ersetzen. Mit jedem weiteren Begehren dagegen sei der Kläger abzuweisen.

Jeder Theil trägt die Hälfte der Kosten."

Hiergegen appellirten beide Theile, worauf das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises am 19. Juli 1860 erkannte:

„das amtsgerichtliche Urtheil sei, soweit der Kläger dagegen appellirt hat, und die Beklagten sich nicht freiwillig dazu bereit erklärt haben, während der Bleichzeit nur die bereits eingerichteten Doppelrostfeuerungen mit Steinkohlen zu heitzen, nur Ruhrer Steinkohlen dazu zu verwenden, und diese zur Vermeidung größerer Rußerzeugung vorher zu netzen — zu bestätigen; — soweit dagegen die Beklagten gegen jenes unterrichterliche Urtheil appellirt haben, theils zu bestätigen, theils dahin abzuändern:

daß der Kläger mit seinem Entschädigungsbegehren wegen eines ihm durch Verbreitung von Dampf und Rauch oder anderen aus der Fabrik der Beklagten ausströmenden schädlichen Substanzen zugegangenen oder noch zugehenden Schadens abzuweisen und der Beklagte nur schuldig sei, dem Kläger den ihm durch Verbreitung von Ruß zugegangenen oder künftig zugehenden Schaden, vorbehaltlich besonderer Liquidation, zu ersetzen.

An den Kosten beider Instanzen hat der Kläger ⅔ und der beklagte Theil ⅓ zu tragen."

Auch gegen dieses Urtheil wurde von beiden Theilen die Oberberufung ergriffen.

Während die Beklagten die gänzliche Abweisung des Klägers begehrten, suchte Kläger seine in erster Instanz gestellten Begehren aufrecht zu erhalten und verlangte insbesondere noch eine Vervollständigung der Expertise bezüglich der möglichen Verbesserung in den Heitzungseinrichtungen.

Von großh. Oberhofgerichte wurde am 10. Dezember 1860 zu Recht erkannt:

Das Urtheil des großh. Hofgerichts sei dahin theils abzuändern, theils zu bestätigen:

daß Kläger mit der erhobenen Klage, soweit das Begehren des Klägers nicht von den Beklagten freiwillig zugestanden wurde, unter Verfällung des Klägers in die Kosten aller drei Rechtszüge abzuweisen sei.

Entscheidungsgründe:

1c. „Nach L.R.S. 544 sind die Beklagten berechtigt, ihr Eigenthum unbeschränkt zu benützen, sofern ihnen in der Verfügungsgewalt keine Gesetze oder Verordnungen des Staats entgegenstehen. Sie sind daher auch befugt, ihre, auf ihrem Eigenthum stehende, durch einen 65½ Fuß breiten, öffentlichen Weg von dem Eigenthum des Klägers getrennten Fabrik, wie sie es angemessen finden, zu benutzen, und sind darin nur an die polizeilichen Vorschriften und Anordnungen der zuständigen Verwaltungsbehörden gebunden.

Der Kläger kann weder ein Dienstbarkeitsrecht für seine Klagbegehren behaupten, noch liegt einer der Fälle des L.R.S. 674 vor. — Daß die Beklagten einen concessionswidrigen Gebrauch von ihrer Fabrik gemacht oder den Anordnungen der Verwaltungsbehörden in Beziehung auf die ihnen gestattete Steinkohlenheitzung zuwider gehandelt haben, vermochte der Kläger ebenfalls nicht zu

Digitized by Google

behaupten. *) Die Beklagten haben daher nur einen erlaubten Gebrauch von ihrem Eigenthum gemacht und keine Privatrechte des Klägers verletzt. — Dies ergibt sich um so mehr, als nach Lage der betreffenden Grundstücke und den übereinstimmenden thatsächlichen Erklärungen der Parteien von einer unmittelbaren und directen Einwirkung der Beklagten auf das Eigenthum des Klägers, folgeweise von einem privatrechtlichen Schutz des Letztern gegen die Handlungen der Beklagten keine Rede sein kann.

Der Kläger konnte auch rechtlich nicht erwarten, daß seine Gewerbsanlage durch ein anderes, in der Nähe entstehendes Werk der Industrie niemals beeinträchtigt würde, weßhalb die Errichtung und ordnungsmäßige Betreibung eines solchen von Seiten der Beklagten in das Rechtsgebiet des Klägers nicht eingreifen kann. Unter diesen Voraussetzungen haben die Beklagten dem Kläger auch keinen sie zum Ersatz verpflichtenden Schaden zugefügt, da es an dem Erforderniß einer rechtswidrigen That fehlt. L.R.S. 1382.

Es liegt daher auch kein rechtlicher Grund für den Richter vor, eine weitere Untersuchung darüber anzuordnen, welche Verbesserungen etwa noch in den Heizapparaten in der Fabrik der Beklagten möglich seien, und zwar um so weniger, als schon in dem vorliegenden Gutachten der Sachverständigen ausgesprochen ist, daß sie keine Construction irgend einer anderen Feuerungseinrichtung anzugeben wüßten, welche eine Bürgschaft dafür geben könnte, daß der Kläger nicht weiter durch „Rauch und Ruß aus den Fabrikkaminen der Beklagten beschädigt werden würde."

Erscheint hiernach die Klage in Rechten nicht gegründet, so stellt sich die Oberappellation der Beklagten als begründet, die Oberappellation des Klägers dagegen als unbegründet dar. Dabei versteht es sich jedoch von selbst, daß es jedenfalls bei dem freiwilligen Zugeständniß der Beklagten, während der Bleichzeit nur die bereits eingerichteten Doppelrostfeuerungen mit Steinkohlen zu heizen, nur Ruhrsteinkohlen dazu zu verwenden, und diese zur Vermeidung größerer Rußerzeugung vorher zu netzen, sein Bewenden behält. ꝛc. Stf.

*) Hiermit sollte nicht gesagt werden, daß durch die gewerbspolizeiliche Concession die Zuständigkeit der Gerichte bezüglich der Entschädigungsansprüche wegen der bei Ausübung der Concession dem Nachbargute widerrechtlich zugefügten Beschädigung ausgeschlossen sei, sondern man vermißte eben das Merkmal der Widerrechtlichkeit des Schadens, da nicht blos die Thatsache des schädlichen Hinüberwirkens auf das Eigenthum eines Dritten entscheide, sondern auch das Merkmal der Widerrechtlichkeit jenes Hinüberwirkens zur Begründung des Entschädigungsanspruchs nach L.R.S. 1382. 1383 erforderlich sei. Nun liege aber weder eine unrechte That, noch eine Unverständigkeit oder Nachlässigkeit vor, denn bei den Beklagten sei weder dolus noch culpa (Unterlassung der möglichen Vorsicht resp. Vorkehr s. Brauer Erl. Bd. IV. Zff. 162. S. 308) angezeigt und zu unterstellen. Der Grundsatz des L.R.S. 544 spreche für die Beklagten, die Ausnahme des L.R.S. 674 greife aber nicht Platz, da die betheiligten Grundstücke nicht unmittelbar aneinander gränzen, vrgl. Brauer Erl. Bd. V. §. 560. S. 211. Es sei nur eine Collision von Benützungsarten (modus) liegenden Eigenthums, welche nicht neben einander bestehen können, in Frage, die Priorität entscheide hier um so weniger, als in Städten die Benützung einer Liegenschaft zur Fabrikanlage die gewöhnlichere, als zu einer Bleiche, sei; wenn die collidirenden Benützungsarten nicht neben einander ausgeübt werden können, so müsse die weichen, deren fernere Ausübung neben der anderen nicht mehr thunlich sei, der Kläger verliere aber damit nur einen Vortheil, welchen ihm sein Grundstück bisher als Bleichplatz abgeworfen habe.

Vrgl. l. 24 und 26 D. de damno infecto (39. 2).
Zachariä §. 243.
Jahrb. n. F. VII. S. 431.
Demolombe VI. Nr. 647.
Marcadé ad Art. 674.

Man wollte also den Gerichten der Concessien wegen das Recht nicht absprechen, die Eigenthumsrechte des Nachbarn (im Sinne des L.R.S. 674) durch Erkennung auf Entschädigung und auf Errichtung solcher Anstalten, welche — ohne unverhältnißmäßigen Kostenaufwand — die Beschädigung zu beseitigen oder doch möglichst zu vermindern geeignet sind, zu schützen: denn bei Ertheilung einer Concession werden natürlich die Privatrechte Dritter stillschweigend vorbehalten.

61.

Die vollendete Ersitzung des Eigenthums einer Liegenschaft nach Maasgabe des L.R.S. 2265 genügt nicht, um die Liegenschaft von einer darauf ruhenden, während jener Verjährungszeit von 10 oder 20 Jahren nicht ausgeübten Grunddienstbarkeit zu befreien, vielmehr ist dazu ein dreißigjähriger Nichtgebrauch der Dienstbarkeit erforderlich.

Nach L.R.S. 706 wird eine Dienstbarkeit durch dreißigjährigen Nichtgebrauch verjessen, und es beginnt nach L.R.S. 707 diese Verjährungszeit bei unständigen Dienstbarkeiten von dem Tage, wo man aufgehört hat, sie zu benutzen, und bei selbstständigen Dienstbarkeiten von dem Tage, wo eine mit der Dienstbarkeit in Widerspruch stehende Handlung vorgenommen worden ist. Dagegen

Digitized by Google

wird gemäß L.R.S. 2265 das Eigenthum an dem, redlicher Weise und mit gesetzmäßiger Eigenthumsurkunde erworbenen, liegenden Gute schon in zehn oder zwanzig Jahren ersessen, je nach dem der wahre Eigenthümer in dem Obergerichtssprengel, worin das liegende Gut sich befindet, oder außerhalb desselben wohnhaft ist.

Da nun das Eigenthum zufolge L.R.S. 544 den Inbegriff aller Verfügungsgewalt über Bestand und Genuß bildet, die Grunddienstbarkeit aber eine Beschränkung davon ist (L.R.S. 637), so liegt der Gedanke nahe, daß der volle Erwerb des Einen nothwendig das Aufhören des Anderen mit sich bringen müsse, daß mithin zur Erwerbung des Nebenrechts *), nämlich der Freiheit von Dienstbarkeiten, nicht ein längerer Zeitraum, als zu jener des Hauptrechts **), d. i. des Eigenthums erforderlich sein könne. In der That scheint es bei dem ersten Anblick sehr einleuchtend, daß derjenige, welcher eine Liegenschaft redlicher Weise und mit gesetzmäßiger Eigenthumsurkunde lastenfrei erworben und während der zehn oder zwanzig Jahre besessen hat, dem Anderen, der eine während der Ersitzungszeit nicht ausgeübte Dienstbarkeit darauf geltend machen will, entgegenhalten dürfe, daß er jedem, also auch diesem Gegner gegenüber unbeschränkter Herr der Liegenschaft sei. Daher kommt es denn auch, daß ungeachtet des bestimmten Ausspruches des Gesetzes in Satz 706 unsere Frage bei den französischen Gerichten und Rechtslehrern eine sehr bestrittene ist, wie aus den Noten 19 ff. zu Art. 706 in Gilbert, c. ann. ersehen werden kann. ***) In der neuesten Zeit haben Marcadé und Demolombe sich besonders ausführlich darüber ausgesprochen, indem der Erste sich mit einer sehr gesuchten Unterscheidung für die Anwendung des Satzes 2265 auf die Verjährung von Dienstbarkeiten erklärte, der Letztere dagegen solche unbedingt verneinte. In der badischen Literatur ist meines Wissens über diese Streitfrage nichts erschienen, außer in Bardo's Theorie der Servituten, wo §. 62 S. 280 ff. die von mir vertheidigte Ansicht angenommen ist, ohne daß übrigens die Frage erschöpfend behandelt wäre. Bauritttel, Handbuch S. 1396 erwähnt die Controverse gar nicht. Unser Hauptgewährsmann Zachariä geräth dabei in offenbaren Widerspruch mit sich selber, was gerade bei diesem scharfen Denker doppelt auffallend ist. In §. 215 d Bd. I. des fr. Civilr. sagt nämlich Zachariä, daß die Ersitzung, auch die zehnjährige, zugleich die rechtliche Wirkung habe, daß der Eigenthümer nach vollendeter Ersitzung auch einer jeden andern dinglichen Klage, als der rei vindicatio, mithin auch der actio confessoria ..... die Einrede der Verjährung entgegensetzen kann. Arg. Art. 2180 No. 4 und Art. 2265.

In Bd. II. §. 255 Note 4 ist aber gerade das Gegentheil zu lesen, indem es dort heißt, daß der Ablauf von dreißig Jahren auch dann erforderlich sei, wenn der dritte Besitzer des dienstbaren Grundstücks sich gegen den Eigenthümer auf die zehnjährige Ersitzung berufen könne. Weder in Munke's Anmerkungen zu Zachariä, noch in der von Anschütz veranstalteten Ausgabe des Zachariä'schen Werkes ist dieser Widerspruch erwähnt, obwohl sich Anschütz in seinem Zusatze zur Note 4 des §. 255 gegen die dort kundgegebene Ansicht Zachariä's ausspricht.

Im Folgenden will ich versuchen darzuthun, daß nur L.R.S. 706 über die Verjährung der Grunddienstbarkeiten entscheide, und mich dabei zunächst mit den Gründen der Gegner beschäftigen.

Rechtsgeschichtlich macht man geltend, daß das römische Recht ebenfalls die Dienstbarkeiten durch zehnjährigen Nichtgebrauch unter Anwesenden und durch zwanzigjährigen Nichtgebrauch unter Abwesenden erlöschen lasse, allein daraus folgt nichts für unsere Frage, weil jene römisch rechtliche Bestimmung nicht auf der Anschauung beruht, als ob mit der Ersitzung des Eigenthums die Versitzung der Dienstbarkeit verbunden sein müsse. Nach dem altrömischen, wahrscheinlich schon aus den zwölf Tafeln stammenden, Rechte erloschen nämlich sämmtliche Dienstbarkeiten — ganz unabhängig von der Ersitzung des Eigenthums — durch Nichtgebrauch von einem oder zwei Jahren, je nachdem sie an beweglichen Sachen oder an Grundstücken hafteten; nur war bei den Realservituten, außer den Wege- und Wassergerechtigkeiten, noch weiter erforderlich, daß die dienende Sache zwei Jahre hindurch von Einem und demselben in solcher Weise besessen worden ist, daß aus ihrer körperlichen Beschaffenheit die Unmöglichkeit der Dienstbarkeit während jener Zeit mit Nothwendigkeit hervorging. (Schluß folgt.)

*) eines einzelnen Bestandtheils des Gesammtrechts. Red.

**) des Gesammtrechts. Red.

***) s. Lauckhard, Rechtsf. Bd. II. S. 102; VIII. S. 381. Red.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. **Band XXVII.** **No. 20.**

(Schluß von Art. 61.)

Eines Titels oder des guten Glaubens auf Seite des Herrn des dienenden Grundstücks bedurfte es so wenig, daß nach l. 4. §. 27. d. 41. 3 sogar bei gewaltsamer Verhinderung der Ausübung die Dienstbarkeit erlosch. Dem Kaiser Justinian schien diese, allerdings auffallend kurze, Verjährungszeit eine Härte gegen den Dienstbarkeitsberechtigten zu enthalten, und deßhalb erweiterte er dieselbe auf den gleichen Zeitraum, wie bei der Ersitzung des Eigenthums, welche er dabei nur zur Motivirung seiner neuen Zeitbestimmung erwähnte, stellte aber sonst — wenigstens nach der herrschenden Ansicht — die Verjährung der Dienstbarkeiten durchaus nicht der Ersitzung des Eigenthums gleich, noch weniger identificirte er jene mit dieser, oder leitete die erstere aus der letzteren ab.

Elvers, die römische Servitutenlehre. Marburg 1856. §. 40. S. 360 ff. und §. 73. S. 772 ff.

Selbst dann, wenn man mit der Minderheit annehmen könnte, daß Justinian die erlöschende Verjährung der Dienstbarkeiten nicht nur in der Zeit, sondern auch in den anderen Erfordernissen (bona fides und justus titulus) der Ersitzung des Eigenthums gleichgestellt habe, und daß er hierzu nach l. 16 Cod. de usuc. 3, 33 durch Hereinziehen der Eigenthumsersitzung in die Dienstbarkeitsverjährung veranlaßt worden sei, so handelt es sich dabei nicht um eine Begriffserweiterung, sondern um eine Gesetzesvorschrift, welche nicht in den Code Napoléon übergegangen ist. Lassen nämlich auch die Motive und Discussionen zu dem Code außer einer unbedeutenden Fassungsänderung des Tribunats (est éteinte statt est censée éteinte) über die Entstehung des Satzes 706 nichts erkennen, so ist doch sicher, daß dieser Satz den Ablauf von dreißig Jahren statt der römischen 10 und 20 Jahre verlangt, und daß dabei von gutem Glauben und rechtmäßiger Erwerbung keine Rede ist. Man könnte hieraus meines Erachtens eher schließen, daß zur Abschneidung der römischrechtlichen Streitfragen absichtlich ein anderes System gewählt wurde.

Gewichtiger ist es, daß das altfranzösische Recht, wie Demolombe Bd. XII. S. 548 aus der Coutume de Paris, Pothier, und einem Gesetze der ersten Republik zeigt, eine dreißigjährige Verjährung der Dienstbarkeiten und zugleich eine Befreiung von Dienstbarkeiten durch 10- oder 20jährige Ersitzung des Eigenthums kannte. Indessen war es doch nicht überall so, da die Coutume de la Normandie andere Bestimmungen enthielt (Demolombe S. 557) und jene erste Ansicht hat im Code keinen Ausdruck erhalten, denn als die in Paris herrschende war sie den Verfassern desselben gewiß bekannt, und wenn sie demungeachtet nicht, wie in Satz 2180 bezüglich der Unterpfandsrechte geschehen, auch für die Dienstbarkeiten eingeführt, sondern nur die ganz anders lautende Vorschrift des Satzes 706 gegeben worden ist, so folgt daraus, daß man ebensowenig, wie dem römischen Rechte, der Pariser Coutume folgte, sondern ein Neues an deren Stelle setzte.

Aus dem Gesetzbuche selbst wird von den Gegnern, z. B. Auschütz in seinem Zusatze zu Zachariä §. 255 Bd. II. Note 4. — vor Allem der oben erwähnte L.R.S. 2180 Ziff. 4 angerufen, wogegen mir jedoch das Vorhergehende so sehr zu sprechen scheint, daß ich in dem Satze 2180 einen Grund für meine Meinung finde. Hätten die Verfasser des Code an der früher nach der Coutume de Paris bestandenen Allgewalt der Ersitzung des Eigenthums zur Befreiung von dinglichen Lasten festgehalten, so bedurfte es auch nicht einer desfallsigen Bestimmung für die Pfandrechte, sondern es genügte an Satz 2265, mithin ist, wie schon oben angedeutet, Satz 2180 Ziff. 4 ein Beleg dafür, daß der Gesetzgeber die Erlöschung der dinglichen Lasten nicht als mit der Ersitzung des Eigenthums verbunden ansah, weil er in dem einen dahin gehörigen Falle es ausdrücklich verfügte, während er in dem anderen Falle, nämlich bei den Grunddienstbarkeiten, eine selbstständige Verjährung schuf. Auch abgesehen davon läßt sich eine Ausdehnung des Satz 2180 Ziff. 4 auf die Dienstbarkeiten nicht rechtfertigen, weil die Verjährung nur auf dem Gesetze selbst beruht (L.R.S. 2219. 2219b), also jede Verjährungsbestimmung auf ihren Gegenstand beschränkt bleibt, und überdies das Gesetz nicht stillschweigt, sondern in Satz 706 seinen Willen kundgibt. Zudem unterscheidet sich Dienstbarkeit und Pfandrecht so wesent-

Digitized by Google

lich, daß man nicht von dem Einen auf das Andere schließen kann. Durch die Verjährung des Pfandrechts verliert der Gläubiger nicht sein eigentliches Recht, die Forderung, sondern nur ein Sicherungsmittel, welches obwohl thatsächlich oft die Wirksamkeit der Forderung bedingend, doch nur ein Nebenrecht ist, während mit Verjährung der Dienstbarkeit das Recht selbst erloschen ist. Die letztere ist ein ewiges Recht, das Pfandrecht dient nur für eine vorübergehende Forderung.

Ferner macht man geltend, daß nach Satz 617. 625 die persönlichen Dienstbarkeiten auch nur durch dreißigjährigen Nichtgebrauch erlöschen, dennoch aber allgemein angenommen wird (Demolombe, Bd. X. No. 740. 742, Zachariä, Bd. II. §. 230 Note 13), daß der dritte Besitzer auch gegen den Nutznießer u. s. w. von der 10- und 20jährigen Ersitzung Gebrauch machen könne.*) Vorerst müßte man aber die mir wenigstens mehr als zweifelhafte Richtigkeit dieser Ansicht darthun, und selbst wenn dies gelänge, beständen doch wesentliche Unterschiede, so daß damit für unsere Frage wenig gewonnen wäre. Nutzung, Wohnung und Nutznießung stehen nämlich in so geradem Widerspruche mit der Ausübung des Eigenthums, daß man sich vielleicht bei ihnen mit einigem Scheine Ersitzung und Versitzung als untrennbar denken kann, während dies bei den Grunddienstbarkeiten nicht der Fall ist.

Was endlich den im Eingang erwähnten Hauptgrund der Gegner betrifft, so ist derselbe bei näherer Betrachtung ganz unstichhaltig. Denn die Ersitzung des Eigenthums schließt nicht, wie man geltend machen will, von selbst schon die Versitzung der Dienstbarkeiten in sich, sondern es muß jedenfalls der Nichtgebrauch von Seiten des Herrn der Dienstbarkeit dazu kommen, da es doch wohl Niemanden einfallen wird, zu behaupten, daß eine Dienstbarkeit zufolge der Ersitzung des Eigenthums auch dann erloschen sei, wenn sie stets ausgeübt worden ist. Bei den selbstständigen Dienstbarkeiten genügt aber nicht einmal der Nichtgebrauch, sondern es ist überdies ein gegen die Dienstbarkeit gerichtetes Handeln des Besitzers der dienenden Liegenschaft erforderlich, welches mit der Ersitzung des Eigenthums außer Zusammenhang steht; deren Gebrauch geht, wie L R S 688 sagt, ohne Zuthun eines Menschen fort, also tritt Nichtgebrauch erst dann ein, wenn sich der Herr der Dienstbarkeit eine Zuwiderhandlung des Belasteten gefallen läßt, ohne eine solche ist fortwährender Gebrauch der Dienstbarkeit vorhanden, und eine stets geübte Dienstbarkeit für verjessen zu erklären, widerspräche wahrlich allen Rechtsgrundsätzen.

Es ruht z. B. auf einem Garten zu Gunsten eines benachbarten Hauses die Dienstbarkeit, denselben nicht zu überbauen; das Eigenthum des Gartens wird, wie dies natürlich möglich ist, ersessen, ohne darauf ein Gebäude zu errichten; hier kann man doch nicht sagen, daß nunmehr auch die Dienstbarkeit versessen sei, obwohl der Eigenthümer des Hauses fortwährend im Besitze der Dienstbarkeit war, und eben deßhalb ohne ein etwaiges Berühmen des Belasteten weder Anlaß noch Klagrecht zur Wahrung seines Rechts hatte. Demnach muß auch die gegnerische Ansicht den L R S. 707 anwenden, woraus ein triftiger Grund gegen ihre Richtigkeit folgt, weil derselbe ausdrücklich nur für die dreißigjährige Versitzung des Satzes 706 gegeben ist.

Daß für die Ersitzung des Eigenthums ein kürzerer Zeitraum, als für die Versitzung der Dienstbarkeiten vorgeschrieben ist, erscheint zwar namentlich im Vergleiche mit dem römischen Rechte auffallend, allein zur Beschränkung des Satzes 706 berechtigt dies nicht, da die Bestimmungen über die Verjährungszeit ihrer Natur nach immer Sache der gesetzgeberischen Willkür sind, und man sonst auch in der langen Verjährungszeit der Kaufpreisforderung gegenüber der kurzen Ersitzungszeit der gekauften Liegenschaft einen inneren Widerspruch finden könnte.*) Die Grunddienstbarkeit ist gewissermaßen eine Eigenschaft der belasteten Liegenschaft, und wie das Eigenthum an derselben nur so ersessen wird, wie sie eben beschaffen ist, so behält sie trotz der Eigenthumsersitzung ihre rechtliche Beschaffenheit, nämlich die Belastung mit der Dienstbarkeit. Wie diese Auffassungsweise wiederum zeigt, daß Eigenthumsersitzung und Dienstbarkeitsversitzung nicht innerlich gleich oder untrennbar sind, so folgt daraus weiter, daß für den Gesetzgeber keine Nothwendigkeit vorlag, deren Zeitdauer gleichmäßig festzusetzen, zumal er die kurze Eigenthumsersitzung an wesentlich beschränkende Voraussetzungen knüpfte.

*) Siehe auch Bell, über die dinglichen Rechte an Liegenschaften. §. 41 Note * S. 82. Red.

*) Vrgl. Lauckhard, Bd. X. S. 397. Annalen XIV. Heft. 7. S. 27. Zachariä, Bd. II. §. 256. Note 13. Red.

Digitized by Google

Nach dieſer Widerlegung der gegneriſchen Gründe wird es leicht ſein, die von mir vertheidigte Anſicht zu rechtfertigen.

Satz 2264 im Titel „Von der Verjährung" und in deſſen fünftem Kapitel „Von der zur Verjährung erforderlichen Zeit" und der unmittelbare Vorgänger des von den Gegnern benützten Satzes 2265 ſagt ausdrücklich: „die Regeln der Verjährung für andere, als die unter dem gegenwärtigen Titel erwähnten, Gegenſtände werden unter ihren eigenen Titeln erklärt."

Nun iſt in dem ganzen Titel über Verjährung (III. Buch 20. Titel) nirgends von den Dienſtbarkeiten die Rede, wohl aber findet ſich in Satz 690, 691. 706—710 ein zuſammenhängendes Syſtem über die erwerbende und über die erlöſchende Verjährung von Dienſtbarkeiten; dennoch darf man nur dort die Quelle dieſer Lehre ſuchen, und die Zeubeſtimmungen des Titel XX. ſind darauf nicht anwendbar. Die allein maaßgebende Geſetzesſtelle, Satz 706, fordert aber einen dreißigjährigen Richtgebrauch zur Verſitzung der Dienſtbarkeiten, woraus nothwendig folgt, daß ein kürzerer Richtgebrauch dieſe Wirkung nicht haben ſoll. Dagegen muß aber auch der Richtgebrauch allein mit ſeinen durch Satz 707 beſtimmten Anfangszielern dieſe Wirkung haben, und es bedarf keiner anderen Erforderniſſe, mithin keines guten Glaubens und keiner laſtenfreien Erwerbung auf Seiten des Belaſteten. L.R.S. 2265 ſpricht nur von der Eigenthumsverſitzung, welche nach dem Obigen keineswegs die Erlöſchung der Dienſtbarkeiten umfaßt.

Um den L.R.S. 706 nicht ganz zu beſeitigen, ſtellen die Gegner die Unterſcheidung auf, daß dreißigjähriger Richtgebrauch zur Verſitzung der Dienſtbarkeit erforderlich ſei, wenn das dienende Grundſtück im Beſitze desjenigen oder ſeiner allgemeinen Rechtsnachfolger iſt, welcher die Dienſtbarkeit bewilligt hat, während 10- oder 20jähriger Richtgebrauch mit den übrigen Erforderniſſen der Erſitzung nach Satz 2265 genügen ſoll, wenn ein dritter Beſitzer das dienende Grundſtück innehat. Dem widerſpricht aber die alte Regel, daß man da keine Unterſcheidungen machen darf, wo das Geſetz nicht unterſcheidet.

Marcadé Bd. III. S. 439. No. III. zu Art. 706. 707 kommt in der Conſequenz des falſchen Vorderſatzes über die auch von Grunddienſtbarkeiten befreiende Gewalt der Eigenthumsverſitzung noch zu der weiteren Unterſcheidung, daß der dritte Beſitzer ſich gegen die Dienſtbarkeit nur dann auf ſeine Eigenthumsverſitzung berufen könne, wenn er von einem Nichteigenthümer erworben habe, weil nur dann eine Eigenthumsverſitzung ſtattfinde, während derjenige, welcher von dem wahren Eigenthümer erwerbe, ſchon durch die Erwerbung ſelbſt das Eigenthum erlange. Mit Recht hat Gilbert, Note 20 bis zu Art. 706 aufmerkſam gemacht, wie widerſinnig es iſt, Denjenigen zu begünſtigen, deſſen Titel der ſchlechtere iſt, und die offenbare, keiner Widerlegung bedürfende, Verirrung von Marcadé zeigt deutlich, wohin die gegneriſche Anſicht führt.

Will man den L.R.S. 2265 hereinziehen und kann doch, wie oben gezeigt, den Satz 707 dabei nicht entbehren, ſo geräth man in den Widerſpruch, daß die Eigenthumsverſitzung vollendet iſt, und dennoch die Dienſtbarkeit fortdauert, weil die eine mit der Eigenthumserwerbung, die andere mit dem Richtgebrauche beginnt, der doch nur höchſt ſelten gleichzeitig mit der Eigenthumserwerbung eintreten wird; oder man muß, um folgerichtig zu ſein, die Dauer des Richtgebrauchs noch unter 10 oder 20 Jahre herabſetzen, was denn am Ende zu der bereits erwähnten Rechtsverletzung führt, eine beſtens geübte Dienſtbarkeit für verſeſſen zu erklären. Eine weitere Schwierigkeit entſteht für die gegneriſche Anſicht aus der Frage, ob bei Berechnung der 10 oder 20 Erſitzungsjahre die perſönlichen Verhältniſſe des Eigenthümers der herrſchenden Liegenſchaft in Betracht kommen ſollen oder nicht. Nimmt man keine Rückſicht darauf, und iſt z. B. der Beſitzer des herrſchenden Grundſtücks minderjährig, ſo verſtößt man gegen L.R.S. 710 und 2252; entſchließt man ſich zum Gegentheile, und iſt der wahre Eigenthümer, gegen welchen erſeſſen wird, volljährig, der Dienſtbarkeitsberechtigte aber minderjährig, oder aber wenn der Erſtere anweſend, der Letztere dagegen abweſend iſt, ſo läuft die Zeit der Erſitzung früher ab, als die der Verſitzung, welche Verſchiedenheit beider Verjährungen wiederum mit dem Grundgedanken der gegneriſchen Meinung nicht vereinbarlich iſt.

Nach allem dem ſcheint mir die an die Spitze dieſes Aufſatzes geſtellte Anſicht ganz entſchieden die richtige zu ſein.

Dr. Puchelt.

62.

Muß die Annahme eines Verkaufsanerbietens innerhalb der dafür bedungenen Friſt nicht blos ausgeſprochen, ſondern dem Anbietenden innerhalb derſelben auch eröffnet werden?

Hauptlehrer Johann Weinreuther in Waldſtetten ſchloß am 6. April 1853 mit der Wittwe des großh.

Digitized by Google

Regierungsaſſeſſors Zollikofer einen Pachtvertrag, deſſen §. 2 über die Dauer der Pachtzeit die Beſtimmung enthält:

„Die Pachtzeit fängt mit dem 1. April 1853 an, und endet mit Martini 1859 reſp. Michaeli 1859 und umfaßt ſomit 6½ Jahre."

In §. 9 iſt ſodann geſagt:

„Während der Pachtzeit und bis zur Beendigung derſelben ſteht es dem Pächter frei, die Pachtgegenſtände als Eigenthum anzuſprechen, wenn er hiefür die Summe von 700 fl. zahlt ꝛc."

Am 19. Auguſt 1859 erklärte der Kläger vor dem Diſtriktsnotar Brunner zu Walldürn zum Zweck der öffentlichen Beurkundung:

„Ich erkläre mich nun nach §. 9 dieſer Vertragsbedingungen zum Eigenthumsanktitt ꝛc."

Mit dieſer Erklärung verband er die Bitte, dieſelbe durch großh. Stadtamtsreviſorat Carlsruhe den, aus den Theilungsakten zu entnehmenden, Erben der Frau Zollikofer oder deren Vormund, großh. Oberkirchenrath Muth, in thunlichſter Bälde zu eröffnen, und am Schluſſe ſprach er noch den Wunſch aus, daß die Eröffnung bis zum 29. September 1859 bewerkſtelligt ſein möchte, da bis dahin der ihm geſtattete Termin zur Uebernahme dieſer Liegenſchaften ablaufe.

Dieſe ſeine Einwilligung in das Verkaufsanerbieten hielt der Kläger für rechtzeitig erklärt und ſonach den Kauf für geſchloſſen, weßhalb er deſſen verweigerten Vollzug gerichtlich begehrte.

Allein die Eröffnung ſeiner Erklärung erfolgte erſt am 1. und 5. Oktober an die Erben der Verpächterin und dieſe berechneten die Dauer der Pachtzeit mit Bezug auf §. 2 des Vertrags auch nur bis Michaeli (29. September) 1859 und verweigerten ihm die Ueberlaſſung der Pachtgüter zu Eigenthum, weil ſie von ſeiner Annahme des Kaufanerbietens nicht innerhalb der Pachtzeit in Kenntniß geſetzt worden ſeien.

Durch Urtheil des großh. Stadtamtsgerichts Carlsruhe vom 7. Mai 1860 wurde der Kläger mit ſeiner Klage gegen die Erben der Regierungsaſſeſſor Zollikofer Wittwe, Namens: Eliſabetha Zollikofer und Franz Zollikofer von Karlsruhe, letzterer unter Vormundſchaft des großh. Miniſterialraths Heinrich Muth von da, Vertragserfüllung betreffend, abgewieſen.

Allein dieſes Urtheil wurde von großh. Hofgericht des Mittelrheinkreiſes am 8. Januar d. J. dahin abgeändert,

„daß die Beklagten, unter Verfällung in die Koſten beider Rechtszüge, ſchuldig ſeien, den eingeklagten Vertrag zu halten, und demgemäß dem Kläger den Eigenthumseintritt in die in dem Vertrage vom 6. April 1853 genannten Güter unter den darin feſtgeſetzten Beſtimmungen zu geſtatten."

Auf die von den Beklagten ergriffene Oberappellation wurde dieſes Urtheil vom großh. Oberhofgerichte am 25. Juni 1861 beſtätigt und in den Entſcheidungsgründen ausgeführt:

Es iſt die Frage zu entſcheiden, ob die Verſpätung der Eröffnung ſeiner Erklärung dem Kläger ſchade.

Wenn ein Vertrag im perſönlichen Verkehr mündlich abgeſchloſſen wird, ſo iſt mit der Abgabe der Erklärung — die Eröffnung derſelben an den Vertragsgegner naturgemäß verbunden. Wenn aber ein Vertrag in ſchriftlichem Verkehr unter Perſonen abgeſchloſſen wird, die durch den Raum getrennt ſind, ſo kann die Eröffnung der Erklärung naturgemäß erſt nach dieſer erfolgen.

Nun führt auf der einen Seite

Toullier, le droit civil. T. 6. No. 29. p. 20. (Bruxelles).

Troplong, de la vente No. 25.

Pardessus, c. de droit commercial No. 250.

Merlin, repertoire in „vente" §. 1. Art. 3. T. 16. p. 517. 518. 519.

Dalloz, vente T. 34. No. 88.

Haſſe im rhein. Muſeum. Bd. II. S. 371.

v. Holzſchuher, Theorie und Caſuiſtik des gem. Civilrechts Bd. 3. S. 264 (vergl. Seuffert, Archiv Bd. 8. No. 24),

allerdings aus, daß der Anbietende erſt dann durch die Annahme ſeines Verkaufsangebots gebunden werde, wenn ihm dieſe kund gegeben worden, da ſie vorher für ihn eine unbekannte, ihn nicht verpflichtende Thatſache ſei, — der durch ſein Anbieten eingeleitete Vertrag ſei daher durch die Einwilligung erſt dann geſchloſſen, wenn er von dieſer Kenntniß habe.

Würde dieſe Anſicht auf den vorliegenden Fall angewendet, ſo wäre die dem Kläger anberaumte, nach §. 2 des Vertrags nur bis Michaeli 1859 laufende Friſt unbenutzt vorüber gegangen, und wären die Beklagten durch ſeine ihnen ſpäter eröffnete Erklärung nicht mehr gebun-

Digitized by Google

den. Diese Ansicht ist übrigens nicht sowohl bezüglich der zur Bedingung gemachten Benützung einer Frist, als vielmehr mit Bezug auf die, hier nicht zur Sprache kommende, Frage der Widerruflichkeit der beiderseitigen Erklärungen geltend gemacht.

Vrgl. Merlin, l. cit. p. 519.

— Auf der andern Seite wird die Ansicht, daß schon die, wenn auch nicht in seiner Anwesenheit ausgesprochene Einwilligung in den angebotenen Kauf den anbietenden Verkäufer binde, von

Pothier vente No. 32. p. 17.
Duranton, t. 9. No. 45 (Bruxelles) p. 21.
Duvergier de la vente No. 61.
Marcadé ad art. 1108. No. 2.
Thöl, Handelsrecht, Bd. 1. §. 57. 4. S. 197 und Note 13.
Zachariä, §. 343. No. 5. Bd. II. S. 340. 341.
Puchta, Pand., §. 251. Note d. und am Schlusse S. 386.
Savigny, System, Bd. 8. S. 235. 236. §. 371. S. 257. §. 373,

vertheidigt.

Diese, dem L.R.S. 1176 mehr entsprechende, Ansicht, nach welcher der Abschluß von Verträgen unter Abwesenden von dem störenden Einfluß von Zufälligkeiten befreit, und durch welche demjenigen, an welchen das Verkaufsanerbieten geschah, der volle Gebrauch der ganzen Frist

s. Puchta, Pandecten, §. 75. Ziff. 2 und Note d.

dem L.R.S. 1175 gemäß gesichert wird, findet hier um so mehr Anwendung, als die Erblasserin der Beklagten in dem Vertrag hätte bedingen können, daß Kläger innerhalb der Pachtzeit von seiner etwaigen Annahme ihres Verkaufsangebots ihr Kenntniß zu geben habe.

s. Dalox, „vente," T. 34 unter No. 89 vgl. L.R.S. 1602.

Es versteht sich von selbst, daß die auf eine bedungene Frist beschränkte Erklärung der Annahme eines Verkaufsanerbietens ernstlich mit der Absicht und zu dem Zwecke und zwar erweislich innerhalb der Frist ausgesprochen sein muß, daß sie dem Käufer sofort zur Kenntniß gebracht werde *): allein die Erklärung des Klägers vereinigt alle jene Eigenschaften, indem er seinerseits Alles gethan hat, um auch die Eröffnung noch innerhalb der Frist zu bewerkstelligen und dies nur durch den in Folge der Abwesenheit der Beklagten, also ohne Verschulden des Klägers, mißglückten Versuch der mündlichen Eröffnung vereitelt worden ist.

Stf.

*) Auch das allg. deutsche Handelsgesetzbuch (dritte Lesung) verordnet in Art. 321.

„Ist ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag zu Stande gekommen, so gilt der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist, als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages,"

und zur Begründung dieser Bestimmung ist in den Motiven zum Art. 239 des Entwurfs (S. 124) ausgeführt:

„Die Frage, in welchem Augenblicke ein durch Briefwechsel zu Stande gekommener Vertrag als abgeschlossen gilt, ob in dem Momente, in welchem die Erklärung der Annahme abgesandt worden ist, oder erst dann, wenn sie der Antragende erfahren hat, gehört bekanntlich zu den bestrittensten des gemeinen Rechts (vrgl. Thöl, Handelsrecht I. §. 57. No. 13 und die dort angeführten Schriften; Brinckmann, Handelsrecht §. 24. No. 32; von Savigny, System VIII. S. 235; Wächter im civilistischen Archiv 19. S 116). Ihre Wichtigkeit gerade für den Handelsverkehr macht eine gesetzliche Entscheidung unentbehrlich. Vom rein theoretischen Standpunkte aus mag es zweifelhaft sein, ob der Vertrag schon dann besteht, wenn die übereinstimmenden Willenserklärungen beider Theile vorhanden sind, oder ob das Bewußtsein der Contrahenten von der vorhandenen Uebereinstimmung erforderlich ist. Legislatorisch muß der ersteren, von von Savigny a. a. O., Thöl a. a. O., Puchta (Vorlesungen II. S. 68), Mühlenbruch (Lehrbuch des Pandektenrechtes 4. Aufl. §. 331) vertretenen Ansicht als der praktisch angemesseneren und wohl auch der gewöhnlichen Auffassung am meisten entsprechenden der Vorzug gegeben werden. Die gegentheilige Annahme würde zu großen Verwickelungen führen können, wenn der Antragende die Empfangnahme der zustimmenden Erklärung verweigerte (vergl Archiv für Rechtsfälle Bd. 15. S. 220), oder wenn er den bereits adoptirten Antrag widerriefe, wozu er unter Voraussetzung der erwähnten Annahme befugt erklärt werden müßte, sofern sein Widerruf dem anderen Theile früher, als ihm die Annahme-Erklärung, zugienge.

Mit dem Entwurfe stimmen das allg. Pr.Landrecht (Th. I. Tit. 5. §§. 80. 102), das spanische Recht (H.G.B. Art 243) und der Würtemberger Entwurf (Art. 289) im Prinzip überein.

Uebrigens liegt es im Begriffe der Annahme, daß sie unbedingt sein muß, wenn der Vertrag dem Antrag gemäß zu Stande kommen soll; eine bedingte Annahme kann daher nur als ein neuer Antrag gelten. (Vrgl. allgemeines Landrecht §§. 84. 85 a. d. O.; spanisches H.G.B. Art. 243; würtemberger Entwurf Art. 290)."

Digitized by Google

63.

Zur Auslegung des §. 221 der badiſchen Prozeß-Ordnung.

I. Das Hofgericht des Unterrheinkreiſes hat J. S. Gätſchenberger gegen Hering folgende Anſichten ausgeſprochen:

1) Das auf §. 221 der Pr.O. geſtützte Verlangen einer vom Gerichtsſitze entfernt wohnenden Partei, wegen des mit ihrem perſönlichen Erſcheinen verbundenen unverhältnißmäßigen Koſtenaufwandes jeweils vor dem Gericht ihres Wohnſitzes vernommen zu werden, kann nicht deßhalb zurückgewieſen werden, weil die Partei in der Lage iſt, ſich durch einen am Gerichtsſitz wohnenden Bevollmächtigten vertreten laſſen zu können, denn dieſelbe hat ein unbeſchränktes Recht auf Selbſtvertretung; ſie darf ſich durch einen Bevollmächtigten vertreten laſſen, ſie iſt aber hierzu nicht verpflichtet.

2) Der §. 221 der Pr.O. findet nicht blos auf die vor dem Endurtheil abzugebenden Parteierklärungen, ſondern auf alle durch den Rechtsſtreit nothwendig werdenden Handlungen der Partei Anwendung, welche vor Gericht vorgenommen werden müſſen. Die Partei, welche in der Lage iſt, verlangen zu können, daß ſie jeweils vor dem Gericht ihres Wohnſitzes vernommen werde, kann dieſes Recht daher auch für die Ableiſtung des ihr durch das Urtheil aufgelegten Handgelübdes in Anſpruch nehmen. Der §. 554 der Pr.O. ſchließt dieſes Recht nicht aus, denn er hebt die allgemeine Vorſchrift des §. 221 der Pr.O. für die Eides- beziehungsweiſe Handgelübdeleiſtung nicht auf, ſondern er beſteht neben derſelben und findet bei jenen Fällen Anwendung, in welchen die Vorausſetzungen des §. 221 der Pr.O. nicht vorhanden ſind.

Anmerkung. Es kommen einestheils Fälle vor, in denen wohl die Vorausſetzungen des §. 221, nicht aber auch jene des §. 554 der Pr.O. vorhanden ſind, anderntheils dagegen auch ſolche, in welchen umgekehrt zwar §. 554, nicht aber auch §. 221 der Pr.O. anwendbar wäre. Ein Fall der erſteren Art liegt z. B. vor, wenn der Kläger, welcher eine Forderung von nur wenigen Gulden eingeklagt hat, 10 Stunden vom Sitze des die Verhandlung leitenden Gerichts entfernt wohnt; in dieſem Fall ſtehen die Koſten ſeines perſönlichen Erſcheinens ſicherlich in keinem Verhältniß zu dem Streitgegenſtand. Dagegen wird man dies dann nicht ſagen können, wenn die eingeklagte Forderung viele tauſend Gulden beträgt, wenngleich der Kläger 20 und mehr Stunden vom Gerichtsſitze entfernt wohnte; in letzterem Falle könnte daher der Kläger zwar den § 554, nicht aber auch den §. 221 der Pr.O. für ſich in Anſpruch nehmen, während im erſten Falle umgekehrt nur der §. 221, nicht aber auch der §. 554 der Pr.O. in Frage kommen könnte. — Dieſe Andeutung dürfte geeignet ſein, klar zu machen, daß die beiden erwähnten §§. verſchiedenartige Fälle im Auge haben; daß ſie deßhalb ſehr wohl neben einander beſtehen können, und es keineswegs geboten iſt, in dem §. 554 eine für alle Rechtsſtreitigkeiten bezüglich des Ortes der Eidesleiſtung ausſchließlich maaßgebende Beſtimmung zu erblicken.

II. J. S. Wallau gegen Grünhut hatte ſich Rechtsanwalt W. v. Mo., deſſen bei dem Amtsgericht Tauberbiſchofsheim erhobene Klage ſich auf einen an ihn „zur Einziehung" (Art. 17 der W.O.) indoſſirten Wechſel in geringem Betrag ſtützte, als Partie bezeichnet und gebeten, ihm die Abgabe ſeiner Erklärungen bei dem Gerichte ſeines Wohnſitzes zu geſtatten. Das Amtsgericht Tauberbiſchofsheim ging auf den Antrag ein, weil es den Rechtsanwalt W. wirklich als Partie anſah; das Amtsgericht Mo. weigerte ſich jedoch dem Erſuchen um Entgegennahme der Erklärung des Rechtsanwalts W. zu entſprechen, weil derſelbe nur Bevollmächtigter deſſen, der den Wechſel auf ihn indoſſirt hatte, dieſer aber die Partie ſei, und der §. 221 der Pr.O. den Prozeßbevollmächtigten nicht zu Statten komme.

Zur Schlichtung dieſes Streites hat das Hofgericht des Unterrheinkreiſes ausgeſprochen:

Die Frage, ob dem als Kläger auftretenden Rechtsanwalte W. wirklich ein ſelbſtſtändiges Klagrecht zuſtehe, oder ob derſelbe nur als Bevollmächtigter der Filialanſtalt der vereinigten Rentner in Mannheim (des Indoſſanten) zu betrachten ſei, iſt von dem Amtsgericht Tauberbiſchofsheim, als dem requirirenden Gerichte zu entſcheiden, und ſteht, nachdem daſſelbe ausgeſprochen, daß es den Rechtsanwalt W. als Partie anſehe, dem requirirten Gericht eine Prüfung der erwähnten Frage nicht mehr zu.

Demgemäß wurde das Amtsgericht Mo. angewieſen, dem Geſuche des Amtsgerichts Tauberbiſchofsheim zu entſprechen. —Beh.—

Anmerkung der Redaktion. Der §. 221 ſteht unter dem ſiebenten Titel der Pr.O. „von dem Be-

Digitized by Google

fahren bei den Untergerichten im Allgemeinen; er gibt der Partei, welche wegen großer Entfernung vom Gerichtssitze nur mit unverhältnißmäßigem Kostenaufwand dahin gelangen kann, ausnahmsweise die Erlaubniß, jeweils vor dem Amtsgerichte ihres Wohnsitzes zu Protokoll vernommen zu werden, oder sofern sie im Auslande wohnt, ihre Vorträge auch schriftlich einzureichen. Hier ist unverkennbar nur von Parteivorträgen, welche im Laufe der Verhandlung nöthig fallen, die Rede.

Wenn aber nach erlassenem Urtheil eine feierliche Handlung, z. B. die Ablegung eines Handgelübdes oder die Leistung eines Eides von einer Partei vorzunehmen, welcher Handlung anzuwohnen die Gegenpartei berechtigt ist, §. 555 der Pr.O., so kann der zur ausdehnenden Auslegung überhaupt nicht geeignete §. 221 der Pr.O. wohl nicht zur Anwendung kommen, vielmehr nur der auf diesen besonderen Fall berechnete §. 554 der Pr.O.

Bei Unbedeutendheit der Sache wird freilich die Gegenpartei nicht so viel Werth auf ihre Anwesenheit legen, daß sie den Kostenvorschuß leistet; wenn sie aber die Kosten vorschießt, so kann sich die schwurpflichtige Partei der Reise an den Sitz des zuständigen Gerichts zur Eidesleistung — wie ich glaube — nicht entziehen.

64.

Befreiung eines Gefangenen.

§. 632 St.G.B.

Annalen XXV. (1858.) No. 32. III. S. 253. 254.

Der Thatbestand dieses Verbrechens wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß:

a) der Verhaft polizeilich erkannt, oder
b) die Dauer desselben abgelaufen war,
c) die Befreiung nicht als Mittel zum Zweck der Flucht diente.

Kallmann-Gramp, früher Gemeinderath in Müllheim, eröffnete am 18. Oktober v. J. früh Morgens unter Zuzug des Schlossers Fr. Ruprecht das Bürgergefängniß (mittelst Einsteigens in die Wachtstube und Aufschließen des Arrestlokals), und befreite seinen Knecht Jos. Tritscheler, welcher Abends zuvor vom Bürgermeister wegen unartigen Benehmens zu 12 Stunden Arrest verurtheilt worden war.

Das großh. Hofgericht des Oberrheinkreises verfällte ihn unterm 11. März 1861 wegen Befreiung eines Gefangenen zu 8 Tagen Amtsgefängniß.

Dagegen führte er den Rekurs aus und verlangte Freisprechung wegen Mangels am Thatbestand. Der großh. Staatsanwalt beantragte dagegen im Wege der Anschließung Erhöhung der Strafe auf 3 Monate Kreisgefängniß.

Das großh. Oberhofgericht erkannte hierauf am 2. August 1861, das hofgerichtliche Urtheil sei, soweit dagegen rekurrirt worden (Ruprecht war nämlich auch zu Amtsgefängnißstrafe von 3 Tagen verurtheilt), unter Verfällung des Angeschuldigten Kallmann-Kramp in die Rekurskosten — in Beziehung auf die Schuldigerklärung zu bestätigen, hinsichtlich der erkannten Strafe aber dahin abzuändern, daß dieselbe auf 14 Tage Amtsgefängniß erhöht werde.

Gründe.

Der Rekurs, welchen der Angeschuldigte Kallmann-Gramp gegen das hofgerichtliche Urtheil ergriffen hat, erscheint nicht als begründet.

Rekurrent bestreitet mit Unrecht das Vorhandensein des Thatbestandes des in §. 632 des Str.G.B. vorgesehenen Vergehens, welches vom großh. Hofgerichte angenommen worden ist. Es kann nicht bezweifelt werden, daß im Allgemeinen der Bürgermeister in Orten, wo ihm, wie in Müllheim die Ortspolizei übertragen ist, zur Erkennung einer Arreststrafe gegen Solche, die sich bei den Verhandlungen vor ihm ungebührlich benehmen, zuständig ist. Gemeindeordnung (§. 51 jetzt) §. 62 und die in den Kreisanzeigeblättern verkündete Verordnung der großh. Min. des Innern und der Justiz vom 5. Dezember 1834 Ziff. 2.

Ebensowenig kann bezweifelt werden, daß der Bürgermeister in seinem Dienste handelte, als Jos. Tritscheler, Knecht des Angeschuldigten, sich hinsichtlich der Bezahlung einer vom Bürgermeister erkannten feldpolizeilichen Strafe und sodann wegen einer Quittung für diese Zahlung — an denselben wandte, wenn auch der Bürgermeister nicht der zur Empfangnahme dieses Geldes zunächst berufene Gemeindebeamte war, was er ohnehin sofort dem Tritscheler eröffnet hat. Darauf aber, ob die vom Bürgermeister innerhalb seiner Zuständigkeit erkannte Strafe im concreten Falle durch das Betragen des Letzteren gerechtfertigt war, kann es nicht ankommen, indem jenes Er-

Digitized by Google

kenntniß Geltung behielt, so lange nicht der Verurtheilte oder dessen Vertreter eine Abänderung desselben durch die gesetzlichen Rechtsmittel erwirkten, was hier nicht der Fall war.

Einen Mangel am Thatbestande des Vergehens des §. 632 des Str.G.B. kann sodann auch nicht, wie Rekurrent auszuführen sucht, aus dem Umstand abgeleitet werden, daß der Verhaft von einer polizeilichen und nicht von einer richterlichen Behörde verhängt war. Der erwähnte §. 632 des Str.G.B. macht eine solche Unterscheidung nicht, und ist eine solche auch durch die Natur der Sache ausgeschlossen, wie die Motive zu dieser Gesetzesbestimmung angeben, und auch das gemeine Strafrecht schon anerkannte. Man vergl. Tittmann, Handb. der Strafrechtswissenschaft Bd. I. §. 274.

Eine solche Unterscheidung ist hier so wenig begründet wie bei dem Verbrechen der Widersetzlichkeit §. 615 oder der öffentlichen Gewaltthätigkeit §. 618 und dgl. des Str.G.B. und ist für das Vergehen des §. 632 d. Str.G.B. ausdrücklich durch §. 686 beziehungsweise 685 des Str.G.B. widerlegt, wie schon vom großh. Hofgericht ausgeführt wurde.

Die Behauptung des Rekurrenten, daß die erkannte Strafzeit seines Knechtes bereits abgelaufen gewesen sei, als die Befreiung desselben geschah, ist durch die Untersuchung keineswegs erwiesen, und dieser Umstand hätte den Angeschuldigten nur veranlassen können, bei der betreffenden im Orte anwesenden Obrigkeit die Freilassung des Knechtes zu erwirken.

Auch ist bereits in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ausgeführt, daß es den Thatbestand nicht aufhebe, wenn der Befreite der Gewalt der Obrigkeit sich nicht durch Flucht gänzlich entzogen hat, sondern im Orte geblieben ist: denn auch wenn es sich nur um eine Unterbrechung des obrigkeitlich verhängten Arrestes handelt, so steht diese nur der Obrigkeit selbst zu, und es ist ein strafbarer Eingriff in ihre Gewalt, wenn ein Privatmann dieselbe gegen ihr Wissen und Willen ausführt.

Die dem Rekurrenten zur Seite stehenden Strafmilderungsgründe, wie die geringere Bedeutung des Vergehens des Befreiten und seiner Strafe, die Ungefährlichkeit desselben und die Möglichkeit seiner Wiederverhaftung, der Affekt, in welchem Rekurrent handelte, und wobei die, wie es scheint, vorgekommene Unterlassung der Benachrichtigung des Rekurrenten von der Verhaftung seines Knechtes mit in Anschlag kommt, der sonst gute Leumund desselben, sowie das sofortige Geständniß der That, und die geringe Gewalt, die bei Eröffnung des Gefängnisses angewendet wurde: sind vom großh. Hofgericht bei Festsetzung des Strafmaaßes genügend gewürdigt.

Dagegen hat man sich hierorts auf die Anschließung des großh. Staatsanwalts veranlaßt gesehen, die vom großh. Hofgericht erkannte Strafe zu erhöhen, weil der Rekurrent durch Verbindung mit dem Gehilfen — Schlosser Rupprecht, die Vorbereitungen zum Aufbrechen des Gefängnisses und das Einsteigen in letzteres eine große Gestissenheit und gesetzwidrige Gesinnung bei Ausübung des in Frage stehenden Vergehens bethätigt hat.

Stf.

65.

Muß ein Rechtsstreit in der nämlichen Form des Verfahrens im zweiten Rechtszuge verhandelt werden, in welcher die Verhandlung desselben im ersten Rechtszuge statt hatte?

Bekanntlich gibt es bei uns zwei Formen der Verhandlung der Berufung, die der ordentlichen und die der abgekürzten Berufung.

Letztere ist ein Surrogat der summarischen Appellation des gemeinen deutschen Prozesses und unterscheidet sich nur durch die dabei stattfindende Abkürzung der Nothfristen (auf 8 und beziehungsweise 21 Tage) von der ordentlichen Appellation.

Die neue Prozeßordnung hat in den §§. 1185 und 1188 für gewisse Fälle eine Modifikation des Verfahrens bei der abgekürzten Berufung dahin eintreten lassen, daß die Verhandlung der Berufung vor dem Unterrichter stattzufinden und die Urtheilsfällung in geheimer Sitzung zu geschehen habe.

Von jeher hat man die Berufung nicht unbeschränkt, d. h. nicht gegen jedes Urtheil zugelassen, sondern in der Regel eine sog. Berufungssumme festgesetzt, von deren Vorhandensein die Zulässigkeit der Berufung abhängen soll. (Schluß folgt.)

Redakteur Oberhofgerichtsrath Stemyf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. **Band XXVII.** **No. 21.**

(Schluß von Art. 65.)

Dieses thut auch unsere Prozeßordnung, indem sie von dem Grundsatze ausgeht, daß die richterlichen Entscheidungen einer solchen Prüfung zu unterwerfen seien, welche mit dem Werthe des Streitgegenstands und mit den dem möglichen Staatsaufwande angemessenen Anstalten im Verhältnisse stehe. *)

Der Streitwerth entscheidet aber nach unserer Pr O. nicht blos über die Zulässigkeit der Berufung, **) sondern auch neben andern Rücksichten über die Form der Verhandlung der Berufung.

Nur in wichtigeren Fällen soll die Verhandlung der ordentlichen Berufung eintreten, in minder wichtigen Fällen soll in den Formen der abgekürzten Berufung, in gewissen Fällen vor dem Unterrichter, sonst vor dem Oberrichter, verhandelt werden.

Auch hier ist also neben der Rücksicht auf rasche Erledigung der Berufung der Werth des Streitgegenstands von dem Gesetzgeber als entscheidend betrachtet worden.

Ist der Grundsatz richtig, daß die Form der Berufungsverhandlung sich nach dem Streitwerthe, d. h. nach der Summe, welche in der Berufungsinstanz noch im Streite steht, zu richten habe, so fällt damit der Grundsatz, daß die Form des Verfahrens im ersten Rechtszuge auch für die Form der Berufungsverhandlung maaßgebend sei, daß also da, wo im ersten Rechtszuge ordentliches Verfahren statt hatte, dieses auch ohne Rücksicht auf die zur ordentlichen Berufung nicht mehr hinreichende Streitsumme im zweiten Rechtszuge einzuhalten sei, als unhaltbar hinweg.

*) von Weiler, Motive zum Entwurfe der Pr.O. XLV. Titel. D. E.

**) §§. 1125 und 1126 der Pr.O. Die ohne Rücksicht auf das Dasein der Berufungssumme in dem §. 1128 der Pr.O. ausnahmsweise zugelassene Berufung findet ihre Rechtfertigung in der hohen Wichtigkeit der im Streite befangenen Verhältnisse und in der Nothwendigkeit der Gewährung der Rechtshülfe und des Rechtsschutzes gegen grobe Verstehen des Unterrichters. D. E.

Die Gerichtshöfe in Mannheim und in Constanz sind von dem Grundsatze der Gleichförmigkeit des Verfahrens im ersten Rechtszuge und in der Berufungsinstanz ausgegangen, und ihre Entscheidungen billigt auch Zentner *) und Brauer. **)

Mir scheint gleichwohl nur die entgegengesetzte Meinung die in dem Gesetze begründete zu sein. Von selbst versteht es sich wohl, daß in einem und demselben Rechtszuge die Form des Verfahrens, wenn sie die richtig gewählte war, wegen etwaiger Verminderung des Streitwerths in Folge eines Zugeständnisses des Beklagten oder eines Verzichts des Klägers, nicht geändert werden darf.

Der Streitgegenstand im ersten Rechtszuge ist der, welchen die Klage bezeichnet und darnach richtet sich die Form des Verfahrens in diesem Rechtszuge. Hiemit sind die Gegner einverstanden, weshalb es keiner weitern Ausführung hierüber bedarf. Der Streit betrifft nur das Verfahren in der Berufungsinstanz, wobei aber ebenfalls unbestritten ist, daß die einmal richtig eingeleitete Form des Verfahrens durch den ganzen Rechtszug hindurch unter allen Umständen beizubehalten sei.

Die Streitfrage ist die in der Aufschrift erwähnte, welche auch dahin gefaßt werden kann, ob das im ersten Rechtszuge mit Recht eingehaltene ordentliche Verfahren im zweiten Rechtszuge in das abgekürzte Verfahren übergehen könne, oder auch hier einzuhalten sei.

Eine directe gesetzliche Bestimmung vermögen die Gegner nicht für ihre Ansicht anzuführen; sie berufen sich auf das argumentum e contrario, welches sie in dem §. 1184 der Pr O. und zwar in dem Satze finden wollen, daß abgekürzte Appellation in allen Fällen, für welche das Gesetz in erster Instanz das abgekürzte Verfahren vorschreibe, stattfindet; hieraus folgern sie, daß da, wo

*) Erläuterungen über die Rechtsmittel der bad. Pr.O. 2. Aufl. S. 155. D. E.

**) Annalen XXII. Jahrg. S. 378—380. D. E.

Vgl. Annalen XXVII. No. 14. Ziff. 38. S. 107. Red.

Digitized by Google

das Gesetz in erster Instanz nicht das abgekürzte, sondern das ordentliche Verfahren vorschreibe, in der höhern Instanz nicht das abgekürzte, sondern das ordentliche Verfahren zur Anwendung zu kommen habe.

Diese Gesetzesauslegung scheint mir unrichtig zu sein. Ich bin zwar mit den Gegnern darin einverstanden, daß der §. 1184 der Pr.O. bestimme, in welchen Fällen abgekürzte Berufung stattfinden solle, allein ich lege diese Gesetzesstelle anders, als sie, aus.

Der §. 1184 der Pr.O. will also unbestritten Bestimmung darüber treffen, in welchen Fällen abgekürzte Berufung einzutreten habe; wenn er nun vorschreibt, daß für alle Fälle, für welche das Gesetz in erster Instanz das abgekürzte Verfahren beobachtet wissen wolle, abgekürzte Berufung stattfinden solle, so beschränkt er sich statt einer Aufzählung der einzelnen hierher gehörenden Fälle auf eine Hinweisung auf früher Gesagtes; er drückt daher damit das Nämliche aus, wie wenn er die Fälle, auf welche er hinwies, spezieller aufgeführt hätte.

Nun ist es aber bei der Berufung Grundsatz, daß nur dann der Gegenstand des Rechtsstreits in Betracht komme, wenn er ganz zuerkannt oder ganz abgesprochen worden ist, andernfalls gilt nur der Theil desselben als Streitgegenstand im zweiten Rechtszuge, welcher gegen die Gesuche des Appellanten zuerkannt oder abgesprochen wurde; §. 1127 No. 1 der Pr O. Es folgt dieser Grundsatz aus der Natur der Sache: denn vor den Appellationsrichter gehört nur das, was noch nicht rechtskräftig entschieden ist; als rechtskräftig entschieden gelten aber die Punkte des unterrichterlichen Urtheils, gegen welche die Berufung nicht gerichtet ist. §. 1134 d. Pr.O.*)

Diese Punkte sollen also nach dem klaren Ausspruche des Gesetzes im zweiten Rechtszuge keinerlei Berücksichtigung mehr finden, weil sie erledigt sind, was gewiß ganz zweckmäßig ist.

Gleichwohl wollen aber die Gegner bei der Bestimmung über die Form des Berufungsverfahrens den ursprünglichen, nun in seinem Werthe verminderten Streitgegenstand in der Berufungsinstanz wieder zur Geltung bringen, obwohl sie anerkennen müssen, daß er bei der Frage nach der Zulässigkeit der Berufung nicht in Betracht gezogen werden dürfe; sie suchen damit über den §. 1127. No. 1 der Pr O. hinwegzukommen, daß sie behaupten, diese Vorschrift sei eine besondere und müsse deßhalb auf ihren besondern Fall beschränkt bleiben.

Aus den angegebenen Gründen dürfte jedoch in dem §. 1127 No. 1 der Pr.O. keine besondere Vorschrift, sondern ein auf der Natur der Sache und der Zweckmäßigkeit beruhender allgemein anwendbarer Grundsatz zu finden sein, dem keineswegs die Bestimmung des §. 1184 der Pr O. im Wege steht, der sich vielmehr mit dieser Bestimmung im Einklange befindet.

Der §. 1184 der Pr.O. verfügt keineswegs, daß im zweiten Rechtszuge nur dann abgekürztes Verfahren einzutreten habe, wenn dieses Verfahren im ersten Rechtszuge eingehalten worden sei, sondern er bestimmt vielmehr, daß abgekürztes Berufungsverfahren in allen den Fällen einzuleiten sei, für welche im ersten Rechtszuge abgekürztes Verfahren vorgeschrieben (nicht eingeleitet) sei.

Die von dem Berufungsrichter zunächst bezüglich auf die Form seines Verfahrens zu beantwortende Frage ist daher die: wäre, wenn der vorliegende Fall im ersten Rechtszuge anhängig wäre, abgekürztes oder ordentliches Verfahren einzuleiten? Hiebei ist natürlich der Streitgegenstand, wie ihn die Berufungsbeschwerdeschrift darstellt, als Grundlage anzusehen.

Die Gegner stellen dagegen die Frage so: hatte im ersten Rechtszuge ordentliches oder abgekürztes Verfahren statt? In jenem Falle leiten sie ohne Rücksicht auf die Streitsumme ordentliches, in diesem Falle abgekürztes Berufungsverfahren ein. Dieses Verfahren scheint mir, wie bemerkt, gesetzwidrig zu sein.

Zudem führt es nothwendig zu der Sonderbarkeit, daß bezüglich auf die Zulässigkeit der Berufung der ursprüngliche Streitwerth außer Betracht bleibt, während er rücksichtlich der Form des Verfahrens noch Wirkung haben soll.

Man hat gegen die hier vertheidigte Ansicht noch eingewendet, sie verletze die Rücksicht auf die von jeder guten Pr.O. vor Allem zu befördernde gute Ordnung des Prozesses und es werde dadurch der Unterrichter außer Stand gesetzt, mit Sicherheit zu bemessen, welche Form der Berufung eintrete und hiernach seiner Pflicht zur Belehrung hierüber (§. 348 der Pr.O.) gehörig nachzukommen.

Ist die Gesetzesauslegung der Gegner unrichtig, so könnte auf diese Gründe, selbst wenn sie richtig wären, wohl kein Gewicht gelegt werden; sie sind aber nicht rich-

*) Linde, Lehre von den Rechtsmitteln 2. Theil. S. 172—174.
D. E.

Digitized by Google

tig, denn das abgekürzte Berufungsverfahren stört keineswegs die gute Ordnung des Prozesses, was nur etwa dann behauptet werden könnte, wenn man in einem und demselben Rechtszuge mit der Form des Verfahrens wechseln wollte, und der möglicherweise eintretende Mißstand bezüglich auf die richterliche Belehrung über das zustehende Rechtsmittel ist sehr leicht dadurch zu verhüten, daß der Richter eventuell auch über die abgekürzte Berufung Belehrung ertheilt. Thut er dieses nicht, so erfüllt er seine Verpflichtung nicht vollständig, denn er soll ja über das zustehende Rechtsmittel belehren, also über beide Arten der Berufung, wenn diese überhaupt stattfindet. Mit ein Paar Worten ist die Sache abgethan.

Aus dem §. 1190 der Pr.O., welcher verfügt, daß, wenn Appellationen verschiedener Art in der nämlichen Sache zusammentreffen, die Fristen einer jeden derselben besonders zu beobachten seien, in Verbindung mit den §§. 641 und 1184 der Pr O. geht wenigstens so viel hervor, daß die abgekürzte Berufung eintreten könne, obwohl im ersten Rechtszuge im ordentlichen Verfahren verhandelt wurde; nach §. 641 der Pr.O. findet nämlich in Nebensachen im Prozesse ordentliches Verfahren statt, wenn dieselben in den gewöhnlichen Schriften in Verbindung mit der Hauptsache verhandelt werden. Wird aber einer solchen Nebensache wegen appellirt, so findet nach §. 1184 der Pr.O abgekürzte Berufung statt *), obgleich im ersten Rechtszuge im ordentlichen Verfahren verhandelt wurde; ein Beweis dafür, daß die Form des Verfahrens im zweiten Rechtszuge nicht von der des ersten Rechtszugs abhängig ist.

Endlich wird man auch fragen dürfen, wie ein Gesetzgeber, der bei der Berufung die Wichtigkeit und den Werth der Streitsache als entscheidend betrachtet, eine im zweiten Rechtszuge minder wichtig gewordene und in ihrem Werthe verringerte Streitsache rücksichtlich der Form der Berufung noch immer für eine wichtigere und werthvollere nur deßhalb könne angesehen wissen wollen, weil dieses im ersten Rechtszuge mit Recht geschah. Eine solche Logik wäre doch kaum begreiflich!

Fr. Schenk.

*) Annalen, 1. Jahrg. S. 245.

D. E.

66.

Ist eine Zwangsversteigerung deßhalb nichtig, weil der Protokollführer die Liegenschaft sich zuschlagen ließ?

L.R.S. 1596, §. 49 der Verordnung vom 21. Novbr. 1851, Reggsbl. No 67 S. 720.

Johann Georg Schucker von Büchenbronn, welchem am 23 August 1853 sein Haus nebst Zugehör versteigert wurde trat gegen den Rathschreiber Christoph Erhardt von da, welcher als Protokollführer bei der Versteigerung mitgewirkt und das Haus ersteigert hatte, mit einer Klage auf, worin er den Antrag stellte, den am 23. August 1853 stattgehabten Verkauf des ihm gehörigen Hauses in Büchenbronn sammt Scheuer, Stallung und Keller neben Christian Rittmann und der Allmendgasse nebst 16 Ruthen Hausplatz, worauf das Haus steht, als nichtig wieder aufzuheben.

Das großh. Amtsgericht Pforzheim erkannte am 28. März 1860 nach dem Klagantrage; allein auf die dagegen von dem Beklagten ergriffene Berufung an das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises erließ dieses unterm 22. November 1860 ein abänderndes Urtheil des Inhalts:

> daß der Kläger unter Verfällung in die Kosten beider Rechtszüge mit der erhobenen Klage abzuweisen sei

Auf die hiergegen von dem Kläger eingewandte Oberberufung wurde am 27. Juni 1861 von großh. Oberhofgerichte das hofgerichtliche Urtheil, unter Verfällung des Klägers, Oberappellanten auch in die Kosten des dritten Rechtszuges, bestätigt.

Entscheidungs-Gründe.

Das Urtheil des großh. Hofgerichts ist durch die ihm beigefügten Gründe gerechtfertigt. Insbesondere ist als entscheidend hervorzuheben, daß der Notar, als der eigentliche Vollstreckungsbeamte, mit der Vornahme der Zwangsversteigerung betraut war, daß dagegen dem Beklagten, in seiner Eigenschaft als Protokollführer, nur die Mitbeurkundung des Steigerungsakts oblag.

Auf den Gang und die Leitung desselben hatte der letztere keinen Einfluß. Vermöge dieser seiner Stellung kann er demnach einem Gewaltbaber im Sinne des L.R.S. 1596 nicht gleichgeachtet, und es kann daher auch nicht angenommen werden, daß das in jener Gesetzesstelle *)

*) und in §. 49 der V.O. v. 21. Nov. 1851, Reggsbl. No. 67 S. 720.

Digitized by Google

ausgesprochene Verbot des Mitbietens auf ihn unbedingte Anwendung findet.

Es war von dem Beklagten keine Eigenmacht oder Willkür, kein Mißbrauch seiner Stellung zu besorgen, weil es ja schlechterdings von dem Ermessen des das Geschäft leitenden Notars abhing, ob er ihn als Steigerer zulassen wollte oder nicht. Mag die geschehene Zulassung auch als ungeeignet erscheinen, so konnte sie nur etwa ein dienstpolizeiliches Einschreiten, nicht aber diejenige civilrechtliche Folge, auf welche die Klage abhebt, nach sich ziehen. Sif.

67.

Welche rechtliche Eigenschaft hat die Bestellung eines Heirathsgutes im Ehevertrag gegenüber den dieselbe auf Grund des L.R.S. 1167 anfechtenden Gläubigern des Bestellers?

Der oberste Gerichtshofs Frankreichs hat sich über diese Frage in mehreren Entscheidungen dahin ausgesprochen, daß die elterliche Ausstattung überhaupt, und daher insbesondere die Bestellung einer Ehesteuer im Ehevertrag die Natur und die Wirkungen eines belasteten Vertrages habe, weil diese Verfügungen einen wesentlichen Einfluß auf das Zustandekommen der Ehe ausüben und die künftigen Ehegatten in den Stand setzen, die ehelichen Lasten bestreiten zu können, daß deßhalb das Gesetz auch diese Rechtshandlungen mit besonderer Gunst betrachtet, insbesondere dem Besteller des Heirathsgutes, was bei reinen Schenkungen nicht vorkomme, die Verbindlichkeit zur Gewährleistung auferlegt und einen Widerruf wegen Undankes nicht gestattet habe; deßhalb könnten die Gläubiger des Bestellers auch nur dann mit Erfolg auf Grund des L.R.S. 1167 auftreten, wenn beide Theile, der Besteller sowohl als der Empfänger des Heirathsgutes in betrügerischer Absicht gehandelt hätten; als Empfänger müsse man aber die beiden künftigen Ehegatten betrachten, weßhalb auch die mala fides Beider erforderlich wäre und daher der gute Glaube des Einen derselben eine gültige Einrede gegen die Klage der Gläubiger abgebe.

Rogron zu Art. 1167. C. c.
Zachariä, (Anschütz) §. 313. Note 11. Bd. II. S. 264.
Jahrb. u. F. Bd. X. S. 201. Note.
Annalen XVI. Bdl. 2. S. 7.

So viel mir nun scheint, dürften sich für die, diesen Entscheidungen entgegengesetzte Ansicht, daß nämlich die Bestellung des Heirathsgutes auch gegenüber den Gläubigern des Bestellers nur als reine Liberalität zu betrachten sei und daher hierbei der gute oder böse Glauben der künftigen Ehegatten gar nicht zu Betracht komme, dennoch auch Vertheidigungsgründe aufbringen lassen und ich erlaube mir die Rechtfertigung dieser Behauptung in nachfolgender, auf die Entstehungsgeschichte des L.R.S. 204 Bezug nehmenden, Darstellung zu versuchen:

„Das Kind hat keine Klage wider seine Eltern auf Verschaffung einer häuslichen Niederlassung, sei es durch Heirath oder auf andere Weise."

Vor Abfassung des Code civil standen sich in Frankreich auch hinsichtlich der Dotationspflicht der Eltern das droit écrit und das droit coutumier gegenüber; während daher in dieser Rechtslehre vorherrschend im Süden des Landes die römischrechtlichen Grundsätze Geltung hatten, bestund im Norden desselben die in Form eines Rechtssprichwortes ausgedrückte Regel: „Ne dote qui ne veut" und zwar für die elterliche Ausstattung überhaupt (établissement) also sowohl hinsichtlich des Sohnes (elterliche Anhülfe), wie der Tochter (Heirathsgut) *)

Die ratio dieser Rechtsregel liegt nun darin, daß man im ganzen germanischen Recht die elterliche Ausstattung als Vorempfang auf die künftige Erbschaft (avancement d'hoirie), ja nach manchen Gewohnheitsrechten sogar als gänzliche Abfindung betrachtete,

Warnkönig, franz. Rechtsgeschichte Bd. II S. 98.
Schaffner, franz Rechtsgeschichte Bd. III. S. 199.
Zoepfl, deutsche Rechtsgeschichte (1858) S. 646. 812,

und es ist auch im Code selbst noch die elterliche Anhülfe des L.R.S. 511. in jener Weise bezeichnet.

Bei Einführung des Code handelte es sich nun in der Gesetzescommission um die Frage, welchem der beiden Rechtssysteme man, um zur angestrebten Rechtseinheit in Frankreich zu gelangen, den Vorzug einräumen solle, und

*) Pothier No. 630. 1.
Merlin mot. „dot" §§. 1. 11.
Toullier XII. 316. Red.

Digitized by Google

man entschied sich für das germanische Recht, indem man erwog, daß die fragliche Rechtsregel schon in dem größeren Theile des Landes Geltung besitze und sich hier auch vollkommen bewährt habe;

> In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est. l. 2. D. de constit. princ. I. 4,

man machte nämlich hierfür geltend, daß wenn auch das Kind auf eine elterliche Ausstattung nicht klagen dürfe, es doch selten vorgekommen sei, daß vermögliche Eltern dieselbe grundlos verweigert hätten, und daß dieser Fall der Natur der Sache nach auch sich nicht leicht ereignen könne, weil die Eltern es als Pflicht wie als Freude betrachten, zur Sicherung des Lebensglückes ihrer Kinder beizutragen.

Ferner erwog man, daß man die elterliche Gewalt nicht noch mehr schwächen dürfe, weil die Gestattung des Klagerechtes nur Störung des Friedens und der Ordnung in der Familie herbeiführen und die Eltern in die Alternative versetzen würde, entweder das Geheimniß ihrer Vermögensverhältnisse Preis zu geben oder Täuschungen zu begehen.

Endlich nahm man an, daß weder die Eltern noch die Kinder sich über die Einführung des Gewohnheitsrechtes in den Ländern des geschriebenen Rechtes beklagen könnten, weil daraus jedem Theile Vortheil erwachse, den Eltern, weil sie nun nicht mehr von ihren Kindern gerichtlich auf Ausstattung belangt werden dürften, diesen dagegen, weil von nun an nicht mehr die strengen Grundsätze der römischrechtlichen patria potestas, sondern die milderen germanischrechtlichen der elterlichen Gewalt Geltung erhalten würden.

Obgleich sich nun im Staatsrath hierüber zwischen den Vertretern des römischen und germanischen Rechtes ein heißer Kampf entsponnen hatte, so wurde schließlich doch der Art. 204 in der vorgeschlagenen Fassung angenommen, und nachdem dieses auch im Tribunat und der gesetzgebenden Versammlung geschehen war, so hatten damit alle damaligen Factoren der gesetzgebenden Gewalt ihre Zustimmung ertheilt.

Poncelet Motifs etc. du C. civ. Bd. I. p. 113—119 127.

Locré Esprit, du C. Nap. Bd. III. p. 444—59.

Demolombe, Bd. IV. No. 19

Zachariä, Bd. I. S. 23.

Wir sehen also:

Die Redactoren des Code wollten keine neue Rechtsnorm für Frankreich schaffen, sondern nur das im größeren Theil desselben schon geltende Recht auch in den übrigen Landestheilen einführen *); deßhalb hatten sie auch weder Veranlassung, sich mit der ratio jener coutumiaeren Rechtsregel zu befassen, noch haben sie dieses gethan; sie erwogen vielmehr blos die Gründe, warum sich jene Einführung als vortheilhaft erweise **) und deßhalb scheint es mir auch nicht richtig zu sein, wenn man immer jene Interessen des Familienfriedens, des elterlichen Ansehens und des Credites, also bloße Zweckmäßigkeitsgründe als die ratio des L.R.S. 204 selbst bezeichnet findet; dieselbe konnte doch dadurch keine Aenderung erleiden, daß man einer bereits vorhandenen Rechtsregel nur einen größern Wirkungskreis gegeben hat! ***)

> Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt.
>
> l. 23. D. de legibus l. 3.

*) S. Merlin, rep. m. „dot" §. I. No. 6. Red.

**) Sie betrachteten es für unschicklich, daß die Kinder befugt sein sollen, ihre Eltern wegen einer Ausstattung vor den Gerichten herumzuziehen, stellten es also in das Belieben eines jeden Ehegatten, ob er seinem Kinde eine Ausstattung geben wolle.

Stabel, Druckbogen über das Güterrecht der Ehegatten S. 27. Red.

***) Daraus, daß irgend eine Bestimmung aus einem andern oder ältern Rechte in den Code aufgenommen worden ist, folgt keineswegs, daß die ratio legis, d. i. der Grund, weßhalb der Code die fragliche Bestimmung zum Gesetze annahm, dieselbe sein muß, um derentwillen solche früher Geltung hatte. Auszüge aus den Berathungen beweisen, daß man die Rücksichten für den Frieden der Familie, Kräftigung der elterlichen Gewalt u. s. w. hervorhob, eben um die Aufnahme des Satzes 204 zu begründen. Manche Regel des ältern römischen und des ältern deutschen Rechtes gingen aus historischen Zufälligkeiten hervor, nachher entdeckte man, daß ihnen zugleich ein tieferer materieller Sinn innewohne und behielt sie um deßentwillen bei oder nahm sie in die neue Gesetzgebung auf. Es würde zu irrigen Consequenzen führen, wollte man den Entstehungsgrund eines Gesetzes stets als seine ratio annehmen.

Die Rücksichten auf den Frieden der Familie u. s. w. sind ebensowenig bloße Zweckmäßigkeitsgründe für ein Gesetz, als die Annahme, die dos sei ein Vorempfang oder eine Abfindung, eine ratio, d. h. ein innerer Grund dafür sein könnte. Dies beweist das römische Recht. Obgleich hier die Dotirung eine klagbare Verbindlichkeit war, entwickelte sich doch sehr frühe

cf. Vangerow, Leitf. §. 516.

die collatio dotis.

Bedenkt man nun, daß die dos sogar hier in einem Rechtssysteme,

Digitized by Google

Es muß deßhalb der oben bezeichnete Gesetzesgrund auch jetzt noch als fortbestehend betrachtet werden, und da sich nun Niemand wegen des künftigen Erbrechtes eines Andern seines Vermögens ganz oder theilweise zu begeben braucht, so hat, wenn dieses dennoch geschieht, diese Rechtshandlung auch nur die Eigenschaft einer freigebigen Verfügung *) und daß das Gesetz selbst dieses so betrachtet, beweist der Namen und die Stellung, welche dasselbe diesem Akte im Rechtssysteme gegeben hat, weßhalb z. B bei formeller Ungültigkeit des Ehevertrages der Besteller des Heirathsgutes dasselbe, trotz der natürlichen Verbindlichkeit, die man bei L.R.S. 204 unterstellt **) dem L.R.S. 1339 gemäß zurückfordern kann.

Lauchard, Rechtsfälle, Bd. I. S. 70.
Jahrbücher, n. F. VI. S. 585.
Stabel, Vorträge S. 199—200.

Boileux folgert aus der Art der Fassung des Art. 204, daß das Gesetz die Bestellung des Heirathsgutes nicht als reine Liberalität, sondern als eine natürliche Verbindlichkeit betrachte:

„La manière, dont la loi s'explique, démontre suffisamment qu'elle ne considère pas seulement la constituiton de dot comme une pure libéralité, mais comme une obligation naturelle: nous voyons, en effet, qu'elle se borne à refuser aux enfants une action."

Allein der wahre Grund, warum jene Gesetzesbestimmung, wie geschehen, gefaßt wurde, ist meines Erachtens ein ganz anderer, und bereits in Obigem angedeutet; da sich nämlich vor dem Code zwei Rechtssysteme in schroffster Weise in Frankreich gegenüberstunden, und man nun dem Einen derselben die Alleinherrschaft einräumen wollte, so lag Nichts näher und konnte auch zur Verhütung von Zweifeln nicht besser geschehen, als gegenüber dem Satze des geschriebenen Rechtes:

„Das Kind hat eine Klage auf elterliche Ausstattung," eben zu sagen: „das Kind hat keine Klage."

Réal äußerte im Staatsrathe:

„Le code civil ne peut laisser subsister cette opposition des lois; et même, s'il ne détruisait formellement l'usage du pays de droit écrit, il serait possible qu'on tirât de son silence la conséquence que cet usage peut être adopté dans les pays coutumiers."

Pouchet, Bd. II. p. 145.

Hätte die Bestellung des Heirathsgutes in der That den ihr beigelegten Charakter eines belasteten Vertrages, so mußten sich bei ihr doch auch dessen wesentliche Merkmale vorfinden, weil sie andernfalls das nicht sein kann, wofür sie ausgegeben wird.

Nach L.R.S. 1106 ist nun ein belasteter Vertrag derjenige, wobei jeder Theil Etwas geben oder thun muß, oder vielmehr, da die Fassung dieser Gesetzesstelle anerkanntermaaßen nicht gelungen ist,

Marcadé, zu Art. 1106 C. c.
Boileux, zu „ 1106 „ „

der, wobei jeder Theil aus dem Vertrage einen Vortheil zieht.

Zachariä, Bd. II. S. 337.

Nun fehlt aber gerade bei der Bestellung des Heirathsgutes dieses wesentliche Merkmal der Gegenleistung an den Besteller desselben *), weßhalb man auch aus diesem

---

wo sie als klagbare Verbindlichkeit angesehen wurde, wo die Einwerfung die Ausnahme bildet, doch eingeworfen werden mußte: so wird sich jedenfalls nicht läugnen lassen, daß aus dem Einwerfen der dos (deren Betrachtung als Vorempfang) in einem Rechtssysteme, wo das Rückbringen Regel ist, gar nichts gefolgert werden kann.
Red.

*) Aber nicht gegenüber demjenigen, gegen welchen der Gebende eine Verbindlichkeit, wenn auch nur eine natürliche hat.
Red.

**) Das gewichtigste Argument für die Annahme, daß die Verbindlichkeit zu deliren, eine natürliche, d h eine wirkliche Verpflichtung sei, der nur in Rücksicht auf den Frieden der Familie die Klagbarkeit entzogen wurde, ergibt sich aus den Sätzen 1438. 1439.

cf. Stabel, Druckbogen über eheliches Güterrecht. S. 28.
Zachariä III. §. 509. Note 34.
Pothier, commun. No. 633 ff.

Verbindet man hiermit die Sätze über Verzinsung und Gewährleistung S. 1440. 1547. 1548, so dürfte die herrschende Lehre nicht zu bezweifeln sein.
Red.

*) Ein belasteter Vertrag muß nicht immer ein doppelseitiger sein!

Der den Ausstatter bestimmende Vortheil ist der, daß er seinem Kinde eine Versorgung verschafft. Hierzu verpflichtet ihn ohne Vertrag unmittelbar das Gesetz, zwar nicht das bürgerliche, wohl aber das der Billigkeit, Moral oder Pietät;

Zachariä §. 296. Note 1. Bd. 2. S. 213,

er erfüllt also mit der Ausstattung eine natürliche Verbindlichkeit gegen sein Kind, welchem er sonach nicht schenkt.

Zachariä §. 509. Bd. III. S. 208.
Stabel, Druckbogen über das Güterrecht der Ehegatten S. 27.
Red.

Digitized by Google

Grunde jene Rechtshandlung als eine Schenkung betrachten muß, und hieran ändert auch der Umstand nichts, daß dem Besteller des Heirathsgutes ex favore matrimonii gesetzlich die Verbindlichkeit zur Gewährleistung obliegt und kein Widerruf wegen Undanks gestattet ist, denn die auf Grund des L.R.S. 1167 auftretenden Gläubiger haben sich, da sie hierbei nicht die Rechte ihres Schuldners ausüben (L.R.S. 1166), sondern proprio jure streiten, nicht um die rechtlichen Beziehungen des Schuldners zu seinem Mitcontrahenten, sondern nur darum zu bekümmern ob dieselben dem Grundcharakter nach einen belasteten oder einen Freigebigkeitsvertrag abgeschlossen haben, und auch dieses nur deßhalb, weil sich hiernach der Umfang der Beweislast regelt.

Die Unterscheidung, welche man bei Bestellung des Heirathsgutes zwischen dem Verhältnisse der Ehegatten zu dem Besteller und zu dessen Gläubigern und auch nur diesen gegenüber macht, — denn hinsichtlich anderer Dritter, z. B des Vermächtnißnehmers wegen des fictiven Rückbringens des Ausgestatteten nimmt man wieder eine reine Liberalität an —

Lauckhard, Bd. X. S. 202,

scheint mir ohne allen rechtlichen Halt zu sein, denn die Gründe, warum man die fragliche Rechtshandlung den Gläubigern gegenüber als belasteten Vertrag ansehen will, liegen auch in der ersteren Beziehung vor *); auch hier hat ja das Heirathsgut dieselbe Bestimmung und der Besteller dieselbe Gewährleistungspflicht, weßhalb man mit demselben Rechte jenes erstere Rechtsverhältniß, so wie den Fall als belasteten Vertrag auffassen könnte, wenn ein extraneus, dem gegenüber man doch nicht einmal von einer natürlichen Verbindlichkeit zur Ausstattung reden kann, das Heirathsgut bestellt hat.

Der Ehevertrag zerfällt hinsichtlich unserer Rechtsfrage, wenn er auch äußerlich Ein Ganzes bildet, dennoch in zwei verschiedene und der Zeit nach auf einander folgende Rechtshandlungen:

Zunächst findet die elterliche Ausstattung statt; wenn hiebei auch ausdrücklich bestimmt würde, daß dieselbe wegen Bestreitung der ehelichen Lasten geschehe, so wäre damit doch nur der Beweggrund zu diesem Rechtsakte ausgedrückt, nicht aber eine Bedingung oder ein modus festgesetzt,

Annalen VIII. Beibl. S. 74,

weßhalb, wenn auch die Aussteuer nicht in jener Weise verwendet würde, dieselbe vom Besteller doch nicht auf Grund des L.R.S 953 wegen unerfüllter Auflagen zurückgefordert werden könnte.

Jene Rechtshandlung stellt vielmehr eine reine, unbedingte und unbelastete Schenkung dar, und es hat hier das Wort „Heirathsgut" seine weiteste Bedeutung, nämlich, Mitgabe an Vermögen, Ausstattung bei Eingehung der Ehe; sie geschieht auch nicht an den anderen, künftigen Ehetheil, sondern nur an das Kind selbst, und wenn daher das Gesetz auch an zwei verschiedenen Orten, nämlich L.R.S. 1438—1440 und L.R.S 1544—1548 von der elterlichen Ausstattung spricht, so geschieht dieses nicht deßhalb, weil der Begriff derselben je nach der Verschiedenheit des Güterrechts der Eltern oder der künftigen Ehegatten ein anderer würde, sondern nur zu dem Zwecke, „um das Verhältniß und die Concurrenz der Eltern zu der Aussteuer und namentlich den Punkt zu bestimmen, in wessen Verlassenschaft das Kind dieselbe einzuwerfen habe."

Stobel. Güterrecht, S. 18 19.

„On ne peut faire aucune différence entre la dot constituée à la femme et la donation faite au mari par ses père et mère en considération du mariage, puisqu'il y a même garantie de la part des constituants, même irrévocabilité et même destination des objets donnés."

Arrêt d. C. H. v. 4. März 1848 (Sirey 48. 1 376).

Während nun bei gewöhnlichen Schenkungen zur Rechtsbeständigkeit derselben eine ausdrückliche Annahme nöthig fällt (L.R.S. 932), so ist dagegen dieses Erforderniß bei Schenkungen durch Heirathsvertrag vergünstigungsweise erlassen (L.R.S. 1087), indem sich das Gesetz wegen der hierbei stattfindenden Anwesenheit und Mitwirkung des Ausgestatteten mit einer stillschweigenden Annahme begnügt.

Troplong, des Donations, No. 2469.

Lauckhard, Bd IX. p. 277.

Nachdem nun der Ausgestattete hierdurch das Heirathsgut rechtlich erworben hat, so bestimmen sich ferner die Rechte, welche der andere künftige Ehetheil hieran erhält,

*) Wenn der Erblasser einen Gesellschaftsvertrag mit seinen Erben in einer Privaturkunde schließt, so ist dies ein oneroses Geschäft in Bezug auf die Gläubiger, diese haben consentiam fraudandi zu beweisen; gleichwohl muß der Erbe die etwaigen Vortheile einwerfen, ein Beweis, daß der Schluß der Verhältnisse zwischen Erblasser und Erbe auf das Verhältniß mit den Gläubigern ein unrichtiger ist. Red.

Digitized by Google

nach der Beschaffenheit des Gedinges, welches die Brautleute als Maaßstab für ihre ehelichen Vermögensverhältnisse wählen, es kann hier eine Gütergemeinschaft oder Nichtgemeinschaft stattfinden und hienach nehmen dann auch die einzelnen Vermögenstheile rechtlich verschiedene Bezeichnungen an, z. B. Sondergut, zugebrachtes Gut, Heirathsgut i. e. S., Ehesteuer.

Stabel, Güterrecht, S. 1 – 3.
Grether, „ S. 50. 51.

Mit dem Abschlusse jener erstern Rechtshandlung wurde nun aber für die Gläubiger des Bestellers des Heirathsgutes auch das Recht begründet, dieselbe, ohne daß es eines Beweises der conscientia fraudis des Ausgestatteten oder seines künftigen Ehegatten bedürfte, anzufechten, und weil es nun Rechtens ist, daß das Gesetz von Wahrung des Grundsatzes ausgeht, „daß wohlerworbene, vorehliche Rechte dritter Personen durch den Abschluß einer Ehe, unter was immer für Bedingungen, nicht gekränkt oder deterioris conditionis werden sollen,"

Stabel, Güterrecht, S. 3,

so dürfen wohl auch hinsichtlich unserer Rechtsfrage jene Gläubiger wegen der Art und Weise, wie die künftigen Ehegatten später über das Heirathsgut verfügen, nicht in eine schlimmere Lage gerathen und daher auch nicht zu jenem Beweise verpflichtet sein.

Im römischen Recht ist unsere Rechtsfrage ausdrücklich entschieden; hienach wurde nämlich die Dotation den Tochter gewissen Personen und daher insbesondere dem Hausvater sogar zur Rechtspflicht gemacht, aber auch nur für den Fall seiner Vermöglichkeit,

l. 69. §. 4 de jure dotium XXIII. 3,
Arndt's Pandekten § 396,

deßhalb gilt auch, wenn ein ganzes Vermögen aus jenem Grunde hingegeben wurde, nur dasjenige als dos, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt,

l. 72. D de jure dotium XXIII. 3,

und da nun in dieser Hinsicht ein Vermögen nur insoweit als vorhanden angesehen wird, als es von Schulden frei ist,

nulla bona nisi deducto aere alieno!

so kann dem überschuldeten Hausvater auch keine Rechtspflicht obliegen, seine Tochter zu dotiren, vielmehr stellt sich in diesem Falle seine Handlung als reine Liberalität dar, weßhalb nach römischem Rechte hier auf den guten oder bösen Glauben der Tochter, gegenüber den mit der a. Paul. auftretenden Gläubigern des Bestellers der dos gar Nichts ankommt.

Matthiä, Controversen-Lexikon Bd. I. S. 36. 37.
Holzschuher, Casuistik (Auflage II.) Bd. III. S. 1059 ꝛc.

Hinsichtlich des Ehemannes dagegen sagt Venulejus:

„In maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem, non magis, quam in creditorem, qui a fraudat re, quod ei deberetur, acceperit, quum is indotatam uxorem ducturus non fuerit."

l. 25. §. 1. quae in fraudem creditorum XLII. 8.

Hier wird also der ignorans maritus mit einem befriedigten Gläubiger verglichen, um damit anzudeuten, daß der dotirte Ehemann nicht als Beschenkter gelten könne und deßhalb seine Unbekanntschaft mit der Vermögenslage seines Schwiegervaters berücksichtigt werden müsse.

Vangerow, Pandekten (Aufl. VI.) Bd. III. S. 650.

(Schluß folgt.)

Anzeige.

Das badische Landrecht mit Einschluß des Handelsrechts und die Prozeßordnung annotirt ꝛc. von **Kah** (s. Annalen XXVI. 164) ist wieder durch zwei weitere Lieferungen bereichert worden. Die sechste bringt das Landrecht mit dem Satz 2281 zum Abschluß und die siebente befaßt sich ausschließlich mit dem Handelsrecht nebst Wechselrecht von Satz 1 bis Satz 270, wobei namentlich auf die Allgemeine deutsche Wechselordnung gebührende Rücksicht genommen ist.

Man muß diesen Fortsetzungen, welche nichts zu wünschen übrig lassen, volle Anerkennung zollen.

Das nächste Heft wird die bürgerliche Prozeßordnung behandeln.

Br.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. **Band XXVII.** **No. 22.**

(Schluß von Art. 67.)

Die Gläubiger des Bestellers der dos müssen deßhalb auch, um zu einem Erfolge zu gelangen, den Beweis der conscientia fraudis des Ehemannes erdringen, aber nicht deßhalb, weil jene Rechtshandlung zu den onerosen Geschäften gehörte — da eben keine Gegenleistung bedungen wird —

Urtheil des O.A.Ger. Dresden in Matthiä, C.R. Bd. I. S. 36,

sondern, wie mir scheint, aus einem ganz andern Grunde: Wie es sich nämlich aus den Schlußworten obiger Gesetzesstelle und noch aus andern Quellenausſprüchen ergibt,

Paulus: Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt,

l. 2 de jure dotium XXIII. 3,

Justinian: Generaliter sancimus, ut si quis ..... dotem pollicitus sit, ... omnimodo compellatur, suam confessionem adimplere; neque enim ferendum est ..... mulierem fieri indotatam, et sic a viro forsitan repelli, et distrahi matrimonium;

l. 25 C. ad S.C. Vellejan IV. 29,

ging die römische Gesetzgebung in ihrem Streben, die Ehen möglichst zu begünstigen, von der Annahme aus, daß sich der Mann nur dann zur Eingehung derselben entschließe, wenn auch von Seiten der Frau ein Beitrag zur Bestreitung der ehelichen Lasten geleistet würde; wie die Gesetzgebung daher die Bestellung eines Heirathsgutes gewissen Personen sogar zur Rechtspflicht machte, so mußte sie andererseits auch, und insbesondere im Hinblick auf die gestatteten willkürlichen Ehescheidungen dafür Sorge tragen, daß der Ehemann das erhaltene Heirathsgut auch behalte, und daher auch den ignorans maritus schützen, von welchem es ja selbst unterstellte, daß er nur wegen der Mitgift geheirathet habe, während der sciens maritus diese Rücksicht nicht verdiente, da derselbe zur Zeit der Eingehung seiner Ehe mit den Vermögensverhältnissen und betrügerischen Absichten seines Schwiegervaters bekannt, ebendeßhalb auch wissen konnte und mußte, daß ihm die erhaltene dos von den Gläubigern desselben wieder entrissen würde, so daß man daher, wenn er trotzdem die Ehe abschloß, von ihm auch nicht annehmen konnte, er habe dieses nur wegen der Mitgift gethan.

Nun geht aber unser Gesetzbuch nicht von einer solchen Unterstellung wie das römische Recht aus, dieselbe steht vielmehr mit dem germanischen Rechte, welches gerade in der Lehre über die Dotationspflicht der Eltern die Herrschaft erhielt und wohl auch mit unserer sittlichen Anschauungsweise im Widerspruch; deßhalb kann auch nicht von einer analogen Anwendung obiger Gesetzesstelle in unserem Rechte die Rede sein, obgleich sich dieselbe im Titel über das Paulianische Rechtsmittel befindet und man, wie schon die kurze, nur das Prinzip desselben aussprechende Fassung des L.R.S 1167 beweist, das römische Recht in dieser Lehre fortbestehen lassen wollte.

Lauckhard, Bd. VIII S. 91.

Das Paulianische Rechtsmittel ist aus der natürlichen Billigkeit hervorgegangen; es gilt daher insbesondere hier die Regel, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern solle; deßhalb ist es auch, wie die Entscheidungsgründe des O.A.Ger. Lübeck in einer bremischen Rechtssache besagen, „der ganze Geist des Edictes über die Fraudationen, den de damno certans gegen den lucrum captans in Schutz zu nehmen, so daß es in der That weniger auf den titulus onerosus und gratuitus, als vielmehr darauf ankommt, ob der Erwerber de damno vitando oder de lucro captando certirt."

Matthiä, C.R., Bd. I. S 33.

Toullier, (Brüssel 1824) Bd. VI. S. 233. 236. 237.

Duranton („ 1841) Bd. VI. S. 203.

Erwägt man nun, daß unser Gesetzbuch dem Kinde einen Anspruch auf elterliche Ausstattung sogar ausdrücklich versagt, und auch dem anderen Ehetheile nirgends einen solchen gegen die Eltern seines Ehegatten gewährt hat, so müssen Beide doch wohl in Folge der Bestellung des Heirathsgutes, im Widerstreit mit den Gläubigern des Bestellers als lucrum captantes betrachtet werden, gegenüber den Gläubigern, deren Schuldner, anstatt

Digitized by Google

die ihm gesetzlich obliegende Pflicht, seine Verbindlichkeit aus allem seinem gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen redlich zu erfüllen (L.R.S. 2092. 1134), dieses dadurch unmöglich machte, daß er sich desselben, nachdem es schon vom natürlichen Pfandrechte der Gläubiger befangen war (L.R.S. 2093), zu deren Nachtheil, ohne irgendwie rechtlich verpflichtet zu sein, ganz oder theilweise entäußert.

Donatum videtur nullo jure cogente concessum!

C. Katzenberger, Referendär.

63.

Zur Erläuterung der bürgerlichen Prozeßordnung.

XVI.

Das Strafgebot an den Schuldner wegen Erhaltung gepfändeter Stücke und die Bestrafung des Uebertreters.

Pr.O. §. 955 und 976.

Die Vorschrift des Pr.O. §. 955, womit §. 976 zu vergleichen ist, hat ungeachtet ihrer Einfachheit in der Anwendung zu Meinungsverschiedenheiten geführt, wie sich aus früheren Erörterungen in diesen Blättern und neuerdings wieder aus No. 15. 16 S. 120—122 des Bandes XXVII. ergibt. Eine nähere Verständigung über deren richtigen Sinn erscheint daher nicht überflüssig.

Jene Stelle des Prozeßgesetzes bestimmt bezüglich des Vollzugs der Fahrnißpfändung, was zu geschehen hat, wenn die Wegbringung der gepfändeten Stücke wegen ihres Umfangs [1]) oder wegen anderer Eigenschaften [2]) nicht thunlich ist. Es sollen dergleichen Stücke unter Gemeindesiegel [3]) gelegt werden. Kann aber auch dieses nicht geschehen (wie bei Pferden, anderen Thieren, Wagen, Holzvorräthen u. s. w.), so soll dem Schuldner aufgegeben werden, für ihre unversehrte Erhaltung bei Strafe persönlichen Verhafts zu sorgen. Verletzt sodann der Schuldner diese Vorschrift, so hat der Richter die Strafe des Verhafts, die zwei Monate nicht übersteigen kann, zu erkennen.

Eine der Vorschrift des Pr.O. §. 955 ganz ähnliche Bestimmung findet sich in §. 976 bezüglich der Pfändung der Früchte auf dem Halm, wobei die Wegbringung der Früchte wegen ihrer Eigenschaft (mangelnder Reife) nicht thunlich erscheint.

Bei Erforschung des richtigen Sinnes obiger Vorschriften werden sich die folgenden Grundsätze als die richtigen bewähren:

1) Es ergibt sich von selbst, daß die Bestellung des Schuldners selber zum Hüter [4]) der ihm im Zwangswege abzunehmenden, schon gepfändeten Fahrnißstücke als eine außerordentliche Maßregel anzusehen ist, die nur in Ermangelung anderer, besserer Sicherungsmittel Platz greift und deßhalb, dem ausdrücklichen Ausspruch des Gesetzes gemäß, nicht zur Anwendung kommen soll, wenn die erforderliche Sicherung der Pfändungsgegenstände im regelmäßigen Wege durch Versiegelung füglich geschehen kann, mag dabei auch einige Schwierigkeit und Mühe zu überwinden sein. Daß der Mangel gehöriger Pfandlokale nicht die Anwendung jener Maßregel veranlassen darf, versteht sich ohnehin von selbst. [5]) Man setzt ja, mit einem bekannten Sprichwort zu reden, nicht gern den „Bock zum Gärtner;" der Schuldner aber, gegen den zwangsweise vorgeschritten werden soll, wird in der Regel sehr wenig Geneigtheit und Eifer zeigen, für die unversehrte Erhaltung der gepfändeten Stücke gehörig zu sorgen.

2) Mit Rücksicht auf diesen letzterwähnten Umstand, hielt die Gesetzgebung außerdem, daß sie in §. 956 dem Gläubiger das Recht zugestand, geeigneten Falls einen anderen Bewahrungsort oder eine andere Person als Hüter zu verlangen, für nothwendig, den Schuldner im Falle des §. 955 Abs. 2 nicht allein durch eine besonders an ihn ergehende Auflage zur unversehrten Erhaltung der Stücke zu verpflichten, sondern auch durch Androhung der

---

[1]) Z. B. bei ganzen Waarenlagern. Verordnung über den Dienst der Gerichtsboten und Vollstreckungsbeamten (Reggsbl. 1851 No. 67) §. 70.

[2]) Z. B. bei Wein- und Biervorräthen. Vrgl. die in Note 1 angeführte Verordnung, §. 70.

[3]) In §. 969 der alten Prozeßordnung fand sich der Ausdruck „ortsgerichtliches Siegel." Außer dieser unwesentlichen Fassungsänderung hat der Paragraph im Prozeßgesetz vom Jahr 1851 (als §. 955) keine Veränderung erlitten.

[4]) Die fraglichen Stücke werden ihm zur Verwahrung, als Hüter überlassen. Vrgl. Pr.O. §. 956 und §. 71 der oben in Note 1 bezeichneten Verordnung.

[5]) Vrgl. §. 69 der in Note 1 eben bezeichneten Verordnung, und hiezu Annalen, Bd. XXVII. S. 121. 122, insbesondere die letzte Redaktionsnote.

Digitized by Google

strengen Strafe des persönlichen Verhafts [6]) zur Erfüllung dieser Verpflichtung zu vermögen. Die vorgeschriebene Auflage geschieht durch den Gerichtsvollzieher, den Beauftragten des Gerichts, welcher dieselbe am Schlusse des Pfändungsprotokolls auf die in §. 71 der Dienstweisung (Note 1 oben) näher bestimmten Weise [7]) zu beurkunden hat.

Diese Beurkundung [8]) ist für den Fall nöthig werdender Strafenschreitung wesentlich, weil die Bestrafung die vorausgegangene besondere Auflage und Androhung voraussetzt. Hat die Beurkundung nicht gehörig stattgefunden, so hat der erkennende Richter nach den Umständen zu ermessen, ob und inwieweit dennoch eine Bestrafung des zuwiderhandelnden Schuldners eintreten kann.

3) Die Strafe wird nach Absatz 3 des Pr O. §. 955 erkannt, wenn der Schuldner die ihm durch die erwähnte Auflage ertheilte Vorschrift verletzt, also wenn er seiner Pflicht, für die unverfehrte Erhaltung der fraglichen Stücke zu sorgen, zuwiderhandelt, vorausgesetzt, daß dieses auf eine ihm zu rechtswidrigem Vorsatz oder zur Fahrlässigkeit [9]) zuzurechnende Weise geschieht. Das Gesetz erwähnt zwar diese Voraussetzung nicht ausdrücklich, sie versteht sich aber als allgemeine Voraussetzung jeder strafbaren That von selbst. [10]) Dagegen ist etwas Weiteres, wie namentlich eine betrügerische oder besonders böswillige Absicht [11]), ein ganz oder theilweise schon eingetretener Nachtheil [12]) für den Gläubiger, eine Anzeige von Seiten des Gläubigers u. s. w. im Sinne des Gesetzes keineswegs erforderlich. [13]) Wo eine betrügerische Handlungsweise des Schuldners und eine Benachtheiligung des Gläubigers hinsichtlich seines Anspruchs auf Befriedigung vorhanden ist, findet geeigneten Falls die besondere Strafbestimmung des Str.G.B. §. 462 Anwendung, welche von jener Strafvorschrift des bürgerlichen Prozeßgesetzes wohl zu unterscheiden ist. [14])

4) In Bezug auf die Strafverfolgung und die Erkennung der in Pr.O. §. 955 (und 976) gedrohten Strafe erhebt sich der Zweifel, ob dieselbe durch den bürgerlichen Richter vermöge der ihm zur Handhabung der Ordnung im bürgerlichen Verfahren unstreitig zustehenden Strafgewalt oder aber, wie bei sonstigen Strafsachen, durch den gewöhnlichen Strafrichter zu geschehen hat?

Die Gerichte scheinen sich hie und da zum Theil für den letzteren Weg zu entscheiden [15]), und es findet diese Ansicht in §. 5 Ziff. 7 und §. 16 Ziff. 29 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 5. Februar 1851 einigen Anhalt, insofern es sich hier um eine gerichtlich zu erledigende Strafsache im weiteren Sinne handelt und man den §. 955 so auffaßt, als weise er das Erkenntniß der Strafe nicht ausdrücklich dem bürgerlichen

---

[6]) Man vergleiche übrigens L.R.S. 2060. Ziff. 4. 2060 a. Ziff. 8 und 10.

[7]) Der Schuldner oder dessen Vertreter (ein Angehöriger seiner Familie oder der nach §. 63 der Dienstweisung beigezogene Ortseinwohner) hat die Beurkundung mit zu unterzeichnen. Seine etwaige Verweigerung der Unterschrift ist zu Protokoll zu bemerken.

[8]) Wegen der bereits erwähnten ähnlichen Bestimmung des P.O. §. 976 ist der gleichartige Vorschrift des §. 94 der mehrerwähnten Verordnung zu vergleichen. Da jene Bestimmung des Pr.O. §. 976 (Abs. 2) nur eine besondere Anwendung der in §. 955 (Abs. 2 und 3) ausgesprochenen Vorschrift enthält, so findet das von der Letzteren Geltende im Wesentlichen auch auf die erstere Anwendung.

[9]) Vrgl. Str.G.B. §. 70. 97 ff. u. 101. Daß auch durch Unterlassung einer Handlung, die der Schuldner vermöge jener Verpflichtung hätte vornehmen sollen und können, die Vorschrift verletzt werden kann, ist nicht zu bezweifeln, doch muß in Bezug auf den Grad der zu fordernden Sorgfalt eine billige Berücksichtigung der Verhältnisse eintreten, es darf damit nicht allzustreng genommen werden. L.R.S. 1927 verglichen mit 1928. 1963.

[10]) Vrgl. den angeführten §. 70 des Str.G.B. und dessen auf allgemeinen Grundsätzen beruhende Motive. Thilo, Str.G.B. zu §. 72 Note 1. In diesem Sinne wird auch die Redaktionsnote auf S. 121 des Band XXVII. der Annalen aufzufassen sein. Als eine rein formelle Vorschrift (vrgl. Bd. XXI. S. 281) ist daher die betreffende Vorschrift insofern nicht zu betrachten.

[11]) Nicht richtig ist daher der zweite Erwägungsgrund zu der obergerichtlichen Entscheidung, welche am angeführten Orte, Band XXVII. S. 121 dieser Blätter mitgetheilt ist. Vrgl. Annalen, Bd. XXI. S. 281.

[12]) Vrgl. auch hiezu die vorige Note.

[13]) Hinsichtlich der Ausmessung der Strafe kommen die zuerst erwähnten Umstände allerdings in Betracht.

[14]) Ein bezüglicher Rechtsfall in Annalen, Bd. XXI. S. 282.

[15]) Vrgl. Annalen, Bd. XXIII. S. 354 und Band XXVII. S. 121. Es ist übrigens in dem am letzteren Ort enthaltenen Fall die in Note 11 eben schon angedeutete Vermengung des Vergehens des Pr O. §. 955 mit dem des Str.G.B. §. 462 zu beachten. In verschiedenen anderen Fällen wurde aber, soweit wir uns erinnern, öfters die Zuständigkeit des bürgerlichen Richters angenommen. Vor Eintritt der Gesetzgebung vom Jahr 1851 scheint in dieser Beziehung wenig Zweifel obgewaltet zu haben, der Unterschied der Zuständigkeit war auch damals von geringerer praktischer Bedeutung.

Ob die am erideren Ort mitgetheilte Ansicht der Minderheit des unterrheinischen Hofgerichts selber, wie bezüglich anderer Fragen, wieder zur Geltung gelangte, ist uns nicht bekannt.

Digitized by Google

Richter zu. Auch kann man sich zur Stützung dieser Ansicht ferner darauf berufen, daß in Pr.O. §. 1199 Ziff. 5 bei dem Rechtsmittel der Beschwerdeführung zwar der Verweise und Geldstrafen, dagegen (allerdings auffallender Weise) überall nicht der Gefängnißstrafe gedacht ist. [16])

Gleichwohl scheinen für die Gegenansicht sehr gewichtige Gründe zu sprechen:

Vergleicht man unsere bürgerliche Prozeßordnung von Anfang bis zu Ende, so findet man, daß das Gesetz nicht blos an dem einen oder anderen Orte, sondern in einer größeren Reihe von Fällen dem prozeßleitenden bürgerlichen Richter unzweifelhaft die Gewalt einräumt, zur Aufrechterhaltung der Ordnung des Verfahrens, namentlich zur Abwehr gegen Säumniß, Ungehorsam, Widerspenstigkeit, Beleidigungen u. dgl., Strafen zu erkennen und zwar nicht nur Verweis und Geldstrafe, sondern auch zum Theil und nach Umständen selbst Gefängnißstrafe. [17])

Wir erinnern an die Strafbestimmungen der §§. 153. 154 (Versäumung des Anwalts). §§. 274—276 (Arglist, wo nöthig Gefängnißstrafe), §. 311 (grobe Beleidigung), §§. 325. 609 (Verschleppung), §. 459 (Ausbleiben von Zeugen), §. 536 (Nichtbeifügung der Eidesformel), §. 602 (Verweigerung des Offenbarungseides, Gefängnißstrafe), §. 682 (Nichtbefolgung einstweiliger Verfügungen), §. 717 (Besitzstörung), §. 927 (Säumniß des Vollstreckungsbeamten), §. 946 (Nichtunterlassung einer Handlung wider Verbot, nach §. 947 Gefängnißstrafe, wo nöthig), §. 1206 (Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung, ungebührliche Behandlung von Seiten des Unterrichters) u. s. w.

In allen den angeführten Fällen verschiedener Art [18]) wird theils besonders angedeutet, theils als sich ganz von selbst ergebend vorausgesetzt, daß der bürgerliche Richter, der den Prozeß leitet, die bezügliche Strafe zu erkennen hat, was auch dem gemeinen deutschen bürgerlichen Prozeß im Allgemeinen entspricht [19]), und es wird Niemand einfallen, die Strafzuständigkeit des bürgerlichen Richters hiebei zu beanstanden.

Es ist daher an sich nicht wohl einzusehen, warum im Falle des Pr.O. § 955 (und §. 976), obwohl persönlicher Verhaft in Frage steht, abweichend von allen anderen ähnlichen Fällen die Zuständigkeit des bürgerlichen Richters ausgeschlossen sein soll. Die Prozeßordnung selbst gibt hiefür keinen Anhalt; denn, wenn sie im letzten Absatz des §. 955 ausspricht, es erkenne der Richter die Strafe des Verhafts, so ist dieser Ausspruch nach der gewöhnlichen Ausdrucksweise des Gesetzes und im Zusammenhang mit anderen entsprechenden Bestimmungen der Pr.O. auf den bürgerlichen Richter zu beziehen, da bei Erwähnung des Richters ohne weitere Bezeichnung im bürgerlichen Prozeßgesetz, abgesehen von besonderen Ausnahmen, stets der bürgerliche Richter zu verstehen ist und dies namentlich auch in den vorhergehenden Paragraphen, wie in §§. 948. 945 ff. 940. 939. 935. 933. 927. 925 u. s. w., unzweifelhaft zu geschehen hat und geschieht.

Der Umstand, daß in §. 955 eine nach Befinden etwas höher steigende Gefängnißstrafe gedroht ist, kann hier nichts entscheiden; auch in Pr.O. §. 275 (bei der Strafe der Arglist) ist Gefängniß bis zu 4 Wochen gedroht. Ebensowenig kann der Umstand entscheiden, daß der eigentliche Rechtsstreit urtheilsmäßig beendigt ist und die Sache im Vollstreckungsverfahren hängt; auch im Vollstreckungsverfahren hört die leitende Thätigkeit des bürgerlichen Richters nicht auf, vielmehr findet gerade in diesem Verfahren, wie auch schon nach gemeinem deutschen Prozeß [20]), die (dort besonders nöthige) Strafeinschreitung durch ersteren vorzugsweise statt. Der Vollstreckungsbeamte, welcher das Strafgebot dem Schuldner

---

[16]) Andere Gründe, welche in den Annalen, Bd. XXIII. S. 354—355 noch aufgeführt sind, wie z. B. die Hinweisung auf Str.G.B. §. 297. 615. 620. 621 können als unwesentlich übergangen werden.

[17]) Vrgl. wegen der Verwandlung von Geldstrafen in Gefängnißstrafe Pr.O. §. 274—275. 947 und Annalen, Bd. XIX. S. 339. Die dort (S. 340 Zeile 2) angezogene Belegstelle aus dem canonischen Recht soll lauten: cap. 8 X. de dolo u. s. w. statt cap. 6, was hier gelegentlich bemerkt wird.

[18]) Zum Theil sind die Fälle allerdings nach Grund und Zweck etwas verschieden. Vrgl. hierwegen Annalen, Bd. XXIII. S. 353. Gleichwohl lassen sich die bezüglichen Bestimmungen, als nothwendige Mittel zur Aufrechterhaltung der gerichtlichen Ordnung, des Ansehens des Richters und der Wirksamkeit seiner Anordnungen sehr leicht unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt bringen.

[19]) Vrgl. cap. 5. X. de dolo et contumac. 2. 14. J. R. A. §. 85. 120. 162. Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses §. 272. 273. Desgl. dessen Vorlesungen, herausgegeben von seinem Sohne (§. 261—262) Bd. II. S. 348. A. Ch. J. Schmid, Handbuch des Civilprozesses Bd. III. § 224. Heffter, System des Civilprozeßrechts, §. 514. Bayers Vorträge §. 23. 335. 336.

[20]) Vrgl. die vorhergehende Note.

Digitized by Google

zu eröffnen hat, handelt nur im Auftrag des bürgerlichen Richters. Endlich kann auch der schon berührte Umstand, daß in Pr.O. §. 1199 Ziff. 5 bezüglich der Beschwerdeführung die Gefängnißstrafe nicht besonders erwähnt ist, bei näherer Prüfung im Wesentlichen nicht als entscheidend angesehen werden; nach obigen Nachweisen erkennt der bürgerliche Richter auch in einigen anderen Fällen Gefängnißstrafen, wobei dem Verurtheilten doch nicht minder als bei bloser Geldstrafe ein Rechtsmittel zugestanden werden muß, wie später (unter Ziff. 5) ausgeführt werden soll.

Erwägt man hiezu, daß der §. 16 (Ziff. 29) des Einf.Ges. vom 5 Februar 1851 zunächst nur die Bestimmung hat, die Zuständigkeit der Untergerichte gegenüber den obern Gerichten in gerichtlichen Strafsachen im engeren Sinne festzusetzen und hiebei die Absicht, dem bürgerlichen Richter die ihm prozeßordnungsgemäß verliehene Strafgewalt zu entziehen oder zu schmälern, nicht zu unterstellen ist [21]), so wird man wohl Grund genug finden, der zweiten Meinung den Vorzug zu geben.

In Bezug auf die Art des zum Straferkenntnisse erforderlichen Untersuchungsverfahrens folgt hieraus, daß die Regeln der Strafprozeßordnung hiebei nicht unmittelbar und streng maaßgebend sind, obwohl sie in Vergleichung mit allgemeinen Grundsätzen aushilfsweise zu benützen sein werden.

5) Was das dem Verurtheilten gegen die erkannte Gefängnißstrafe freistehende Rechtsmittel betrifft, so wird man nicht fehlgehen, wenn man von der Annahme ausgeht, daß die Prozeßgesetzgebung, wenn sie unter den geschilderten Verhältnissen bei dem Rechtsmittel der Beschwerdeführung neben den Verweisen nur die Geldstrafen besonders erwähnte, eben an die Geldstrafe als die gebräuchlichste Strafart in bürgerlichen Rechtssachen dachte und diese gewöhnlichste Strafart anstatt der Strafen im Allgemeinen nannte, ohne die Absicht, die Gefängnißstrafe damit ausschließen zu wollen.

Daß gegen erkannten persönlichen Verhaft ein Rechtsmittel gestattet sein muß, ergibt sich durch die Sache selbst und auch aus dem Grundsatz des Pr.O. §. 1128 Ziff. 6, wonach die Berufung gegen Urtheile auf persönlichen Verhaft [22]) sogar bevorzugt ist.

Die Gerechtigkeit fordert, daß gegen jede wesentliche Rechtsverletzung geeigneten Falls ein Rechtsmittel offen stehe, und eine ausdehnende Auslegung nach dem Grund des Gesetzes erscheint nach L.R.S. 4a und 6a hier wohl gerechtfertigt. Hievon abgesehen aber würde sich die Zulassung des Rechtsmittels der Beschwerdeführung wohl auch aus der allgemeinen Bestimmung des Pr.O. §. 1199 Ziff. 4, womit Ziff. 5 in naher Verwandtschaft steht, ableiten lassen, insofern in der widerrechtlichen Verhängung persönlichen Verhafts doch in jedem Falle mindestens eine ungebührliche Behandlung von Seiten des Richters erblickt werden kann und zwar eine weit beschwerendere, als eine ungebührliche Begegnung mit Worten oder sonstigen verletzenden Handlungen ähnlicher Art.

Es wird daher das Rechtsmittel der Beschwerdeführung als das hier Platz greifende zu betrachten sein.

E. Brauer.

69.

Ueber den Thatbestand der strafbaren Drohung, der Widersetzlichkeit und der Gewaltthätigkeit.

§. 280. 615. 616 und 278 des Str.G.

Nach einer gerichtlichen, auf Dienstpflicht erstatteten Anzeige des herrschaftlichen Domainenwaldhüters Joseph Nierholz von Biederbach traf derselbe am 25. Febr. d. J. in der Frühe um 4 Uhr den Taglöhner Matth.

---

[21]) Der genannte §. 16 des Gesetzes vom Jahr 1851 ist der §. 56 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom Jahr 1845 (§. 75 des Entwurfes dieses Gesetzes) mit geringen Abänderungen. Die fragliche Bestimmung (Ziff. 29), insbesondere befand sich schon in jenem früheren Gesetz; es sind daher die Regierungsmotive zum Entwurf des Letzteren (Titel III.) zu vergleichen. — Eine andere Frage ist die, ob der Unterrichter im Falle des Pr.O. § 955 und 976 nöthigenfalls eine Gefängnißstrafe im vollen Maaß von zwei Monaten zu erkennen befugt ist? Diese wohl zu bejahende Frage ist jedoch im Hinblick auf §. 17 des Gesetzes vom 5. Februar 1851, wonach die Amtsgerichte bis auf 8 Wochen Amtsgefängniß erkennen dürfen, praktisch von keiner erheblichen Bedeutung.

[22]) Das Rechtsmittel der Appellation selbst kann, auch abgesehen von der Bestimmung des Pr.O. §. 1199 Ziff. 5, hier nicht in Anwendung kommen, weil gemäß Pr.O. §. 1125 hiezu ein Urtheil, welches einen Streitgegenstand zuerkennt oder abspricht, gehören würde.

Vrgl. hierwegen und wegen der Frage des Rechtsmittels überhaupt, Annalen, Bd. XXIII. S. 355—357.

Digitized by Google

Meyer im Elzacher Rotzelwald, zu dessen Hut Nierholz ebenfalls bestellt ist, als dieser gerade eine kleine Tanne fällte und sie wegschaffen wollte.

Er stellte den Mathias Meyer wegen dieses Frevels zu Rede, und bemerkte ihm trotz dessen Bitte, ihn nicht anzuzeigen, daß er seine Pflicht thue, und ihn in das Tagbuch einschreiben werde.

Als nun Waldhüter Nierholz sich etwa um halb 10 Uhr nach Hause begeben wollte, begegnete ihm Math. Meyer, augenscheinlich im betrunkenen Zustande, trat dem Waldhüter Nierholz, wie auch der beeidigte Zeuge Sigmund Dorner bestätigt, mit erhobener Holzart entgegen, machte verschiedene schimpfliche Bemerkungen über ihn, und rief, während er mit der Art auf ihn eindrang: „Jetzt mußt du zu einem Braten zusammengehauen sein!" — Nierholz hielt sein Gewehr vor, das ihm aber Meyer zu entreißen suchte, so daß dieser sich genöthigt sah, etwa 50 Schritte zurückzuweichen, um dem Meyer, der bis auf drei Schritte ihm nahe kam, zu erklären, wenn jener nicht ablasse, so werde er schießen. Darauf warf Meyer seine Art weg, als aber Nierholz dieselbe zum Beweise und zur Sicherheit zu sich nahm, bedrohte ihn Meyer mit einem Steine, so daß er die Art wieder wegwarf. Meyer drohte auch noch, innerhalb drei Tagen, wenn sein Sohn, der Artillerist, nach Hause komme, müsse Nierholz doch hin sein, und benahm sich überhaupt der Art, daß weder der Angegriffene noch Sigmund Dorner an der Ernstlichkeit und Gefährlichkeit seines damaligen Angriffes zweifelten.

Mathias Mayer, welcher auf Grund dieser Thatsachen wegen gefährlicher Drohung angeschuldigt wurde, gab zwar zu, daß er, wie angegeben, von Nierholz im Walde, als er dort gerade Holz gefrevelt habe, betreten worden sei, suchte dagegen sein Benehmen beim spätern Zusammentreffen mit dem Waldhüter theilweise anders darzustellen, namentlich will er nicht mit seinem Sohne, dem Kanonier, gedroht und überhaupt keine gefährliche Absicht gehabt haben, gesteht aber zu, daß er sich die Art nicht habe nehmen lassen wollen, deßhalb den Waldhüter mit einem Steine bedroht und so veranlaßt habe, die Art wieder herauszugeben.

Das großh. Hofgericht des Oberrheinkreises verurtheilte den Angeschuldigten wegen Widersetzlichkeit zu 4 Monaten Kreisgefängniß aus folgenden

Gründen:

Bei dem Umstande, daß kein Grund vorhanden ist, die Glaubwürdigkeit des auf Dienstpflicht vernommenen Waldhüters Nierholz und des beeidigten Zeugen Sigmund Dorner auch nur im Geringsten in Zweifel zu ziehen, müssen auch die übrigen Umstände des Vorfalles in der von diesen Zeugen angegebenen Weise als wahr angenommen werden.

Mathias Meyer hat sich hiernach zwar keiner gefährlichen Drohung im Sinne des §. 280 des St.G.B. schuldig gemacht, da nach den Umständen der That und seinem Charakter nicht mit Grund anzunehmen war, daß er jene im trunkenen Zustande ausgestoßenen Drohungen später verwirklichen werde, das Gesetz aber mit der auf die gefährliche Drohung gesetzten Strafe ebensowohl deren spätere Ausführung verhindern, als die Drohung selbst bestrafen will, während es sich hier um ein Verbrechen handelt, in welchem die Ausführung der That der Bedrohung mit derselben auf dem Fuße folgen sollte, und dabei durch Stellung des Meyer unter polizeiliche Aufsicht gar nicht hätte verhindert werden können. Vielmehr liegt in seiner Handlung der Thatbestand des Vergehens der Widersetzlichkeit und zwar im Sinne des §. 616 des St.G.B. Der Angeschuldigte, welcher augenscheinlich über den Waldhüter, weil er von demselben auf einem Frevel betroffen worden war, und keine Nachsicht erlangt hatte, äußerst aufgebracht war, hatte nemlich, wenn er sich auch nicht in dieser Richtung äußerte, und wenn er auch dabei theilweise durch das Gefühl der Rache bestimmt sein mochte, doch nach den Umständen des Falles bei dem Angriffe auf den Waldhüter offenbar keine andere Absicht, als ihn zu terrorisiren, ihn hiedurch entweder blos von der Anzeige des letzten Frevels abzuhalten, oder ihn überhaupt so einzuschüchtern, daß er auch in der Zukunft jede Anzeige wegen Waldfrevels unterlassen werde (wie dies auch Waldhüter Nierholz nach seiner Anzeige vom 25. Februar bei dem Bürgermeisteramte und in seiner gerichtlichen Anzeige vom 3. März 1861 auffaßt); er widersetzte sich somit direkt, oder doch wenigstens indirekt einer Handlung, welche der Waldhüter kraft seines öffentlichen Amtes auszuüben hatte, und zwar mit einem jedenfalls gefährlichen Werkzeuge bewaffnet.

Auch der Umstand, daß er dem Waldhüter das Gewehr zu entreißen suchte, und ihn durch drohendes Aufheben eines Steines nöthigte, die Art, deren der wegen seines Dienstes angegriffene Waldhüter jedenfalls das Recht hatte sich zu versichern, wieder loszulassen, bildet ein weiteres Glied in dem Thatbestand dieses Verbrechens.

Digitized by Google

Der Affekt, in welchem der Angeſchuldigte ſich befand, und ſeine nicht unbedeutende Trunkenheit iſt ihm als Strafminderungsgrund anzurechnen.

Auf den Rekurs des Angeſchuldigten wurde dieſes Urtheil von großh. Oberhofgerichte am 29. Juli 1861 dahin abgeändert, daß er der Gewaltthätigkeit für ſchuldig erklärt und deßhalb zu einer Amtsgefängnißſtrafe von 4 Wochen ꝛc. verurtheilt wurde.

Entſcheidungsgründe.

Der Rekurrent beſchwert ſich gegen den ganzen Inhalt des hofgerichtlichen Urtheils und bittet um völlige Freiſprechung. Er beharrt darauf, daß der Waldhüter Nierholz und der Zeuge Sigmund Dorner die Unwahrheit angegeben haben, und beruft ſich auf den Johann Jäckle zum Beweiſe dafür, daß unter jenen Beiden eine Verabredung ſtattgehabt habe, wie ſie zu ſeinem Nachtheile ausſagen wollten. Allein Johann Jäckle, welcher eidlich einvernommen wurde, hat nichts derartiges beſtätigt, und es liegt durchaus kein Grund vor, in die auf Dienſtpflicht beſtätigte Angabe des Waldhüters und die eidliche Ausſage des S. Dorner irgend Zweifel zu ſetzen. Durch dieſe Ausſagen hält man ſich auch dieſſeits von der Richtigkeit des den Gegenſtand der Anſchuldigung gegen Mathias Meyer bildenden Vorganges, wie ſolcher in den hofgerichtlichen Entſcheidungsgründen dargeſtellt iſt, vollkommen überzeugt.

Der Thatbeſtand einer Widerſetzlichkeit kann jedoch darin nicht gefunden werden; dagegen muß in der Bedrohung des Waldhüters mit dem Steine nach §. 278 des Str.G.B. allerdings das Vergehen der Gewaltthätigkeit erblickt werden. Als der Angriff des Mathias Meyer mit ſeiner Art auf den Waldhüter erfolgte, hatte dieſer gar nicht die Abſicht eine Dienſthandlung vorzunehmen. Er war gerade auf ſeinem Heimwege und durchaus in keiner Dienſthandlung begriffen, an welcher er durch den Angriff hätte verhindert werden können. Dies gehört aber nach §. 615 des Str.G.B. nothwendig zum Thatbeſtand des Vergehens der Widerſetzlichkeit gegen einen öffentlichen Diener, und wenn das großh. Hofgericht dem Rekurrenten die Abſicht unterſtellt, den Waldhüter entweder von der Anzeige des, einige Stunden vorher von Meyer verübten Frevels abzuhalten, oder ihn ſo einzuſchüchtern, daß er auch die künftigen Frevel nicht anzeigen werde, ſo bietet die Unterſuchung hiefür durchaus keinen Anhaltspunkt.

Nach allen Umſtänden geſchah der Angriff mit der Art lediglich aus Rache, weil der Waldhüter auf die Bitte des Angeſchuldigten, ihn mit der Anzeige des gedachten Frevels zu verſchonen, nicht eingegangen war. Auch in dem Aufheben der Art des Rekurrenten durch den Waldhüter in der Abſicht, ſolche mit ſich nach Hauſe zu nehmen, kann eine Dienſthandlung deſſelben nicht erblickt werden. Die Wegnahme der Art durch Nierholz erfolgte nicht auf den Grund des §. 189 des Forſtgeſetzes, denn als er den Meyer über den Frevel auf der That betreten, hat er ihm ſeine Art weder abgefordert, noch irgend verſucht, ſich derſelben zu bemächtigen.

Er nahm ſpäter die Art nur deßhalb an ſich, um vor einem etwaigen weitern Angriff des Rekurrenten geſichert zu ſein, und dieſelbe zugleich als Ueberführungsſtück zum Beweiſe des eben auf ihn erfolgten Angriffs zu benützen. Dies that er nicht in ſeiner Eigenſchaft als Waldhüter, denn ſein Amt als ſolches ermächtigte ihn gar nicht dazu, ſondern er handelte lediglich als Privatmann, und darum kann denn auch die Bedrohung des Waldhüters mit dem Steine, um ihn dadurch zur Wiederherausgabe der Art zu vermögen, ebenfalls nicht als Widerſetzlichkeit aufgefaßt werden.

Ein ſonſtiges Vergehen, welches von Amtswegen oder auf die bloſe Anzeige des Beſchädigten zu unterſuchen und zu beſtrafen wäre, kann in dem Angriffe des Meyer mit der Art auf den Waldhüter auch nicht erblickt werden.

Daß keine lebensgefährliche Bedrohung im Sinne des §. 280 des Str.G.B. darin liegt, iſt in den hofgerichtlichen Entſcheidungsgründen bereits ausgeführt. Das Vergehen der Gewaltthätigkeit iſt darin nicht enthalten, weil die Bedrohung mit der Art nicht dazu dienen ſollte, den Waldhüter zu einer Handlung, Duldung oder Unterlaſſung zu nöthigen; denn der Waldhüter war damals nicht nur in keiner Dienſthandlung, ſondern überhaupt in keiner Handlung begriffen, an der er durch die Bedrohung mit der Art verhindert werden ſollte. Eine verſuchte Körperverletzung kann darin nicht gefunden werden, denn abgeſehen davon, ob das drohende Aufheben der Art gegen den Waldhüter ſchon als Anfang der Ausführung dieſes Vergehens betrachtet werden könnte, ſo fehlt jedenfalls der genügende Nachweis darüber, daß der Angeſchuldigte dem Waldhüter mit der Art eine wirkliche Körperverletzung zufügen wollte, und aus ſeinem Benehmen wie es insbeſondere von dem Zeugen Dorner geſchildert

Digitized by Google

ist, kann eine solche Absicht mit Sicherheit nicht entnommen werden.

Der Angriff des Rekurrenten mit der Art auf den Waldhüter muß daher hier straflos bleiben.

Dagegen liegt in der Bedrohung des Waldhüters mit dem Steine, um ihn dadurch zur Wiederherausgabe der Art zu nöthigen, nach §. 278 des Str.G. offenbar das Verbrechen der Gewaltthätigkeit. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Drohung mit der Gefahr unverzüglicher und unabwendbarer Verwirklichung verbunden war. Dieselbe bezweckte die Nöthigung des Waldhüters zu einer Handlung, nämlich zur Herausgabe der Art. Der Waldhüter war unzweifelhaft befugt, sich gegen den Angriff des M. Meyer zu wehren, und zu diesem Behufe auch dessen Art an sich zu nehmen; es kann aber keine Rede davon sein, daß der Angeschuldigte behufs der Wiedererlangung seiner Art zur Selbsthülfe berechtigt gewesen wäre, §. 84. 93 des Str.G.B. Mathias Meyer erscheint daher wegen der Bedrohung des Waldhüters mit dem Steine, des Verbrechens der Gewaltthätigkeit schuldig, und er ist deßhalb auf die von Seiten des Genöthigten erfolgte Anzeige in die gesetzliche Strafe zu verfällen. Im Hinblicke auf §. 278 und 151 Ziff. 2 u. 3 des Str.G. hat man hierwegen eine 4wöchentliche Amtsgefängnißstrafe für angemessen erachtet. H.

70.

Bei Berechnung der Ordinationssumme kommt nicht auch derjenige Zuwachs zum Streitgegenstand in Berechnung, welchen eine Partei willkürlich selbst erzeugte. §. 1127. Ziff. 2.

Gastwirth Ludwig Witz von Ilvesheim nahm gegen die Gemeinde das Eigenthum an einem offenen Winkel neben seinem Wohngebäude in Anspruch.

Im Laufe des Prozesses erbaute er auf dem streitigen Platz und dessen Umgebung eine Scheuer, ungeachtet ihm dieser Bau auf Antrag der beklagten Gemeinde untersagt wurde.

Nachdem das ihm günstige Urtheil erster Instanz in der zweiten dahin abgeändert war, daß er mit der erhobenen Klage abzuweisen sei, führte er das Rechtsmittel der Oberappellation ein, dessen Zulässigkeit wegen Mangels der Summe beanstandet wurde. Die Schätzung des streitigen Platzes stellte dessen Werth nur auf 83 fl. 42 kr. fest. Um dem Rechtsmittel Eingang zu verschaffen, wollte er auch noch den Schaden mit einrechnen, den er durch Niederreißen des Baues erleiden würde. Die Oberappellation wurde jedoch durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 19. April 1860 als unstatthaft verworfen.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger beschwert sich gegen das hofgerichtliche Urtheil, welches ihm das Eigenthumsrecht an einem offenen Winkel neben seinem Wohngebäude abspricht. Seine Beschwerde erscheint aber unstatthaft, da der streitige Platz nach der erhobenen Schätzung für ihn nur einen Werth von 83 fl 42 kr. hat, also die Oberappellationssumme nicht vorhanden ist. §. 1192 der Pr.O. Er macht zwar geltend, daß er im Laufe des Prozesses auf dem Platz und dessen Umgebung eine Scheuer erbaut habe, und einen Schaden von 460 fl. 32 kr. erleiden würde, wenn er den auf jenem Platze stehenden Theil der Scheuer niederreißen müßte. Abgesehen jedoch davon, daß das hofgerichtliche Urtheil seine Verpflichtung zum Niederreißen der Scheuer nicht ausspricht, vielmehr nur sein Eigenthumsrecht an dem Platze aberkennt, kann der erhöhte Werth, welchen das Streitobjekt durch den Ueberbau im Lauf des Prozesses erhielt, schon deßhalb nicht in Anschlag kommen, weil er auf einer willkürlichen, eigenmächtigen Handlung des Klägers beruht. Soll nach §. 1127 Ziff. 2 der Pr.O. bei Berechnung der Ordinationssumme nur derjenige Zuwachs eines Streitgegenstands Berücksichtigung finden, welcher sich aus ihm von selbst ergab — durch Natur oder Zufall entstand — nicht aber Derjenige, welchen eine Partei willkürlich erzeugte, und durch den sie sich die erforderliche Ordinationssumme selbst schaffen könnte, so darf noch weniger Derjenige in Anschlag kommen, welchen eine Partei eigenmächtig — gegen richterliches Verbot — herbeiführte, weil sie ihre eigene unrechte Handlung nicht zu ihren Gunsten geltend machen kann. Als eine solche stellt sich aber die Ueberbauung des streitigen Platzes dar, welche dem Kläger auf Antrag der Beklagten in analoger Anwendung des §. 284 Ziff. 6a der Pr.O. durch amtsgerichtliche Verfügung vom 27. April 1858 untersagt worden war. St.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. **Band XXVII.** **No. 23.**

71.

Oberhofgerichtliche Entscheidung.

1) Eine vom Staat genehmigte Stiftung hat die Eigenschaft einer juristischen Person und wird in Ermanglung eigener statutenmäßiger Organe von der Kreisregierung vertreten.

2) Die testamentarische Errichtung einer Stiftung ist nicht als Vermächtniß zu Gunsten einer **persona incerta** anzusehen.

3) Autonomische Anordnungen ehemaliger Mitglieder des unmittelbaren Reichsadels, welche nach den Grundsätzen des früheren Rechts gültig waren, sind auch unter der Herrschaft des Landrechts aufrecht zu erhalten.

4) Die Vorschriften des Landrechts über Stammgüter finden auf Familienfideikommisse nicht unbedingt Anwendung. Erstere erlöschen stets mit dem Mannsstamme, bei Letzteren ist die Berufung der Cognaten neben oder nach dem Mannsstamm nicht ausgeschlossen.

Der am 20. Februar 1785 verstorbene Freiherr Philipp v. Gemmingen, Mitglied der ehemaligen reichsunmittelbaren Ritterschaft und Hauptmann des Cantons Odenwald, hatte durch Testament vom 16. Februar 1782 und durch ein späteres — dasselbe mehrfach abänderndes — Codizill vom 2. Juni 1784 über seinen Allodialnachlaß in der Art verfügt, daß derselbe zunächst seiner männlichen, nach deren Aussterben seiner weiblichen Deszendenz zufallen und, wenn auch diese ausgestorben sein werde, zur Gründung eines Fräuleinstiftes für die Geschlechter der Gemmingen und die andern reichsunmittelbaren ritterschaftlichen Geschlechter der Cantone Craichgau und Odenwald verwendet werden solle.

Er hatte nämlich verfügt:

a) in seinem Testament:

§. 4. „In Ansehung meiner eigenen Güter, Capitalien ....., so ist mein ernstlicher Wille und Meinung, daß solche sofort nach meinem Tode in ein Inventarium gebracht; die Capitalien nicht getheilt, verringert oder gar dilapidirt, sondern einzig und allein zu Erkaufung eines Rittergutes verwendet, inmittelst aber und bis sich eine solche Gelegenheit äußert, bestmöglichst besorgt .... werden. Wie ich denn hiemit meine ganze Allodialverlassenschaft zu einem fidei-commisso ausetze und verordne, daß meine Söhne und deren Nachkommen in absteigender Linie männlichen Geschlechts die alljährig davon gefallende Zinsen und Renten, jedoch ohne Schmälerung und Trennung des Hauptgutes, ziehen und genießen dürfen."

§. 6. „Da es sich aber ... zutragen würde, daß meine männliche Deszendenz gar erlöschen sollte, so haben meine Töchter den Zins und die Revenüen von meiner Allodialverlassenschaft ad dies vitae zu genießen, nach ihrem Ableben fällt aber solche auf meine nächsten Stamms- und Lehnserben, quoad usumfructum zurück, dergestalt und also, daß solche sodann jederzeit dem seniori familiae ... zufallen mit dem Beding, daß meine Allodial-Massa nebst dessen Gütern und Zugehörungen allezeit in einem corpore verbleiben, und durchaus nichts davon separirt, noch vertauscht, verkauft, versetzt noch in andere Wege veralienirt werden soll."

b) Später in dem Codicill:

§. 8. „Sehe ich mich aus erheblichen Ursachen veranlaßt, den §. 6 meines Testaments in Ansehung meiner Allodiorum dahin abzuändern, daß nach

Digitized by Google

Erlöschung meiner männlichen und weiblichen Deszendenz meine Allodialmasse zu Errichtung eines Fräuleinstiftes vor die Töchter des Hauses Gemmingen, und zwar beider Linien, Gemmingen zu Gemmingen und Gemmingen Bürk, auch in deren Abgang vor andere Fräulein aus den Cantons Craichgau und Ottenwald gewidmet sein solle."

Der Allodialnachlaß kam nach dem Tode des Erblassers in Folge der von ihm getroffenen Anordnungen in Detention und Verwaltung des zum Testamentsexecutor ernannten Vorstandes des Cantons Creichgau und ging bei Subjection der ehemaligen reichsunmittelbaren Ritterorte unter die Krone Baden an die großh. bad. Verwaltungsstellen 2. Instanz, nämlich die Regierung der badischen Pfalzgrafschaft, beziehungsweise das Directorium des badischen Neckarkreises, später des badischen Unterrheinkreises über. Detention und Verwaltung der großh. badischen Behörden war dadurch veranlaßt worden, daß der damalige einzige männliche agnatische Nachkomme des Erblassers, Freiherr Karl Reinhard von Gemmingen, unter Curatel stand; sie dauerten aber auch nach dessen am 10. September 1827 erfolgten Tode fort, anfänglich unter Zustimmung, später aber trotz des Widerspruchs der jetzt berechtigten weiblichen Deszendenz des Stifters Phil. v. Gemmingen, auf Andringen eines Theiles der Gemmingen'schen weiblichen Deszendenz, dann der Gemmingen'schen Agnaten und anderer reichsritterschaftlicher Familien, seit dem 4. April 1853 in Folge einer Verfügung des großh. Ministeriums des Innern an die Regierung des Unterrheinkreises, durch welche letztere beauftragt wird; zwar nicht Detention und Verwaltung, wohl aber die Beaufsichtigung der fraglichen Vermögensmasse wegen der Rechte des Fräuleinstiftes fortzusetzen. Die jetzt berechtigten kognatischen Deszendenten des Stifters sahen darin eine Verletzung ihres Rechts, weil die Rechte des Fräuleinstiftes, wegen deren sie beschränkt werden sollen, in der That nicht begründet seien, dann aber auch weil, selbst wenn diese Rechte begründet wären, dadurch das Verfahren der Beklagten dennoch nicht gerechtfertigt werden könnte. Nachdem die Beschwerden der Cognaten bei den höheren Regierungsbehörden erfolglos geblieben, erhoben die Erben der Elisabetha v. Gemmingen, als:

1) Ida von Keßling, Wittwe des Freiherrn von Redwitz,
2) Dr. jur. Gustav Gilmer zu Thalheim,
3) Hugo Gilmer zu Birkenau,

und die Erben der verstorbenen Gattin des Freiherrn von Zanthier zu Preußisch-Weinschin, Karoline v. Gemmingen, als:

4) Karl Friedrich Franz Freiherr v. Blittersdorf in Karlsruhe, dermalen zu Palow,
5) Friederike Wilhelmine Eugenie v. Zanthier, geehlicht an Gerhard Freiherr v. Thadden zu Wochnerow,
6) Reinhard Lebrecht v. Zanthier zu Weinschin,
7) Klara Emilie Karoline Henriette v. Zanthier, geehelicht an Frhr. Otto v. Bülow auf Döberitz,

gegen die Freiherrlich v. Gemmingen'sche Fräuleinstiftung, vertreten durch großherzogliche Regierung des Unterrheinkreises, eine Klage, worin sie, als cognatische Abkömmlinge und Erben des am 20. Februar 1785 verstorbenen Mitgliedes der Reichsritterschaft, Freiherrn Philipp von Gemmingen,

a) die Nichtigerklärung der letztwilligen Verfügung dieses Freiherrn, wonach das von ihm hinterlassene Allodialvermögen für den Fall der Erlöschung seiner männlichen und weiblichen Deszendenz einer in demselben letzten Willen angeordneten adeligen Fräuleinstiftung gewidmet sein solle, — und
b) in Folge dessen die Herausgabe dieses Erbvermögens, welches nach dem Tode des genannten Erblassers zu Handen des Vorstandes des Ritterkantons Craichgau, und letztlich zu Handen der großherzoglichen Regierung des Unterrheinkreises gekommen sei,

verlangten.

Gegen das Urtheil des großh. Hofgerichts vom 28. Januar d. J., wodurch das erstinstanzliche, dem Klagbegehren entsprechende Urtheil abgeändert und die Kläger mit ihrer Klage abgewiesen wurden, ergriffen die Kläger die Oberberufung.

Das hofgerichtliche Urtheil wurde jedoch von großh. Oberhofgerichte am 21. September 1861 bestätigt aus folgenden:

Gründen:

Was zunächst die Passivlegitimation der großh. Kreisregierung betrifft, so kann diese mit Grund nicht bezweifelt werden. Einmal hat diese Behörde das fragliche Erbvermögen und zwar — wie sie wiederholt erklärt hat —

Digitized by Google

im Namen jener Fräuleinstiftung in Detention und Verwaltung, und verweigert die Herausgabe desselben; sodann ist der großh. Kreisregierung organisationsmäßig die Fürsorge für kirchliche und weltliche Stiftungen übertragen und sie ist demnach insbesondere auch berufen, die Rechte der fraglichen Stiftung, nachdem solche vermittelst landesherrlicher Entschließung aus großh. Staatsministerium vom 31. März 1853 die Staatsgenehmigung erhalten hat, zu wahren, und dieselbe als eine juristische Person, in so lange als sie eigener statutenmäßiger Organe entbehrt, in jeder Beziehung zu vertreten.

Was sodann die Sache selbst betrifft, so suchen die Kläger die Errichtung der Fräuleinstiftung, beziehungsweise die Zuwendung des Allodialnachlasses an dieselbe nach gemeinem Rechte sowohl, als nach dem badischen Landrechte als nichtig anzufechten. — Es ist daher vor Allem die Frage zu erörtern, ob die bezügliche Disposition des Freiherrn Philipp von Gemmingen nach gemeinem Rechte, unter welchem er lebte, testirte und starb, als rechtsbeständig anzusehen ist.

Durch die letztwilligen Verfügungen von 1782 und 1784 errichtete der Testator ein Fideicommiß zu Gunsten seiner männlichen Nachkommen, und bestimmte, daß sein Allodialvermögen nach Erlöschung seiner männlichen und weiblichen Descendenz zu einem Fräuleinstift gewidmet werden solle. Die Gültigkeit dieser Dispositionen ist nur bezüglich der Errichtung des Fräuleinstifts, aber auch in dieser Beziehung ohne genügenden Grund angefochten worden.

Was insbesondere die Einwendung aus der Vorschrift des römischen Rechts über personae incertae betrifft, so ist die Anwendung dieses Begriffs schon durch das Justinianeische Recht, wie aus

§§. 25—27 J. de Legat.

hervorgeht, wesentlich beschränkt, insbesondere sind posthumi und pine causae, mögen letztere bereits bestehen oder erst errichtet werden, für erbfähig erklärt, hiebei aber nirgends vorgeschrieben worden, daß zur Rechtsbeständigkeit einer milden Stiftung die Staatsgenehmigung erforderlich sei:

pr. J. de bon. poss.

cl. 24. 28. 46. 49. C. de episc. et cleric.

Eben darum lassen sich die deßfallsigen Vorschriften des römischen Rechts über Collegia und Universitates nicht auf derartige Stiftungen ausdehnen, wo das Substrat, welches die juristische Person bildet, nicht aus Menschen, sondern aus Sachen besteht und mit dem Rechtsobjecte das Rechtssubject allererst zum Dasein gelangt.

Die Gründung gemeinnütziger Stiftungen ist vielmehr unter dem Einfluß der christlichen Kirche mehr und mehr erleichtert und begünstigt worden, insbesondere ist deren Errichtung durch letzten Willen ohne vorgängige, nicht wohl einzuholende Staatsgenehmigung, aber demungeachtet mit voller Rechtswirkung, in den verschiedenen Ländern Deutschlands so vielfach vorgekommen, daß hieraus die Observanz erhellt, wonach zur Gültigkeit solcher Dispositionen ein schon früher davon unabhängig existirendes Subject nicht gefordert wird, noch gefordert werden kann. Dieser Rechtsgrundsatz ist aus Anlaß des bekannten Städel'schen Rechtsfalles in den Rechtsgutachten der Juristenfacultäten zu Heidelberg, Gießen, München und Berlin näher entwickelt und rechtlich festgestellt worden.

Selbst die Frage, ob überhaupt, also auch nachträglich, solche Stiftungen der Staatsgenehmigung bedürfen, kann nach gemeinem Rechte nicht unbedingt bejaht werden, wenn auch die Landesrechte die Nothwendigkeit nachträglichen Staatsgutheißens jetzt meist vorschreiben.

Autonomische Anordnungen Reichsunmittelbarer bedurften übrigens, insoweit sie sich innerhalb der reichsgesetzlichen Grenzen hielten, der kaiserlichen oder reichsgerichtlichen Bestätigung nicht.

Aus obigem ergibt sich für den vorliegenden Fall so viel, daß Freiherr Philipp von Gemmingen bei seinen letztwilligen Dispositionen zu Gunsten eines Fräuleinstifts sich innerhalb der Schranken gemeinsamer Rechtsordnung gehalten und gegen kein verbietendes Gesetz verstoßen hat. Einmal nämlich sind jene gemeinrechtlichen Grundsätze über milde Stiftungen ohne Zweifel auf eine Stiftung anwendbar, für welche der Gründer die Statuten des Pforzheimer Fräuleinstifts, welche nur unbemittelten Fräulein die Aufnahme gestatten, eventuell als Grundlage bezeichnete; — sodann finden sie überhaupt auf Stiftungen Anwendung, welche die Fürsorge des Stifters für die vom Lehen- und Stammgut regelmäßig ausgeschlossenen weiblichen Angehörigen seiner Familie in's Leben gerufen hat. Vermöge der ihm als Mitglied des unmittelbaren Reichsadels zustehenden Autonomie war daher Freiherr Philipp von Gemmingen vollkommen berechtigt, seine Familien-, Vermögens- und erbrechtlichen Verhältnisse im Allgemeinen in der Weise, wie geschehen, zu ordnen. Als Act und Ausfluß autonomischer Gewalt erscheint aber seinem wesentlichen Zwecke nach die Errichtung des besagten

Digitized by Google

Fräuleinstifts, da in dasselbe zunächst Töchter des Geschlechts von Gemmingen, wenn auch von anderen Branchen, als welcher der Testator angehörte, berufen sind, dasselbe sich somit als eine Stiftung zur Versorgung von Familienangehörigen und als eine Anordnung darstellt, die eben so in der Fürsorge des Testators für das Wohl des von Gemmingen'schen Geschlechts ihren Grund hatte, als die anfänglich von ihm verfügte Zuwendung des Allodialvermögens nach Aussterben des Mannsstammes seiner Deszendenz an die nächsten Stammes- und Lebenserben.

Ist hiernach die Disposition zu Gunsten des Fräuleinstifts nach gemeinem Rechte als rechtsgültig anzusehen, so frägt sich weiter, ob dieselbe nach badischem Landrechte aufrecht zu halten ist, und unter letzterem zur Wirksamkeit gelangen kann? In dieser Beziehung kommt zu erwägen, daß den vormals unmittelbaren Reichsrittern bei ihrem Uebergange unter badische Hoheit in Absicht auf ihre Familieneinrichtungen die Autonomie im IV. Const.-Edict vom 22. Juli 1807 §. 5 ausdrücklich gewahrt worden ist. — eine Anordnung, welche nach dem 1. Einf Ed. §. XVIII. auch auf Gegenstände des bürgerlichen Rechts ihre volle Kraft äußern soll. Ueberdies ertheilt Art. 14 der Bundesakte und der denselben wiederholende §. 6 der landesherrlichen Declaration vom 22. April 1824 dem vormaligen Reichsadel die Zusicherung, daß nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung seine noch bestehenden Familienverträge (worunter zweifellos auch anderweitige Familienanordnungen begriffen sind) aufrecht erhalten werden sollen. War daher die betreffende Disposition des Freiherrn Philipp von Gemmingen nach den Grundsätzen des früheren Rechts gültig, so ist sie auch unter der Herrschaft des Landrechts aufrecht zu erhalten, und können die Bestimmungen desselben ihrer Rechtsgültigkeit mit Erfolg nicht entgegengehalten werden.

Allerdings hat sich die Staatsgewalt die Cognition bezüglich solcher autonomischen Bestimmungen vorbehalten, um etwaigen, gegen das Staatsinteresse verstoßenden, Bestimmungen die Anerkennung zu versagen. Für den vorliegenden Fall hat jedoch die großh Staatsregierung keinen Anlaß gefunden von diesem Rechte Gebrauch zu machen. Der fraglichen Stiftung ist vielmehr durch landesherrliche Entschließung vom 31. März 1853 die Staatsgenehmigung ertheilt worden. Es steht daher nichts im Wege, daß dieselbe, wenn der Zeitpunkt eintritt, für welchen sie vom Testirer zu seinem Nachlasse berufen ist, solchen auch erwerben könne, sollte auch eine oder die andere Anordnung, welche der Stifter in die erst noch festzustellenden Statuten aufgenommen wissen will, darin keine Aufnahme finden können.

Nachdem die Rechtsbeständigkeit der angefochtenen Disposition des Freiherrn Philipp von Gemmingen im Allgemeinen nachgewiesen worden ist, erübrigt noch, nach Maaßgabe der aufgestellten Grundsätze einige Behauptungen näher zu prüfen, durch welche dem Klaggesuche: — das Erbvermögen den Klägern unbedingt und zur freien Disposition herauszugeben, Eingang zu verschaffen gesucht wird.

Wenn zunächst die Zuwendung des Vermögens an das Fräuleinstift als eine nach L.R.S. 896 verbotene Aftererbeinsetzung angefochten wird, so bedarf es im vorliegenden Falle der näheren Untersuchung nicht, inwieweit eine unter dem alten Rechte gültig errichtete Substitution unter dem neuen Rechte in Wirksamkeit treten kann, indem, wie oben dargethan, jedenfalls dem vormaligen Reichsadel das Recht auf Aufrechthaltung seiner älteren Familienanordnungen zur Seite steht, somit die fragliche landrechtliche Bestimmung hier nicht zur Anwendung kommen kann.

Wenn ferner die Behauptung aufgestellt wird, daß die Bestimmungen des Landrechts über Stammgüter auch auf die aus älterer Zeit herrührenden Familienfideikommisse unzweifelhaft Anwendung finden, und daß demzufolge das von Freiherr Philipp v. Gemmingen gestiftete Familienfideikommiß mit dem Anfall an den Weiberstamm nach L.R.R. 577 c k und 577 c s erloschen und freies Eigenthum der damaligen Erwerberinnen und ihrer Rechtsnachfolger geworden sei, so würde mit einer solchen unbedingten Anwendbarkeit des Landrechts auf ältere Fideikommisse des vormaligen Reichsadels die obige, letzterem ertheilte Zusicherung nicht wohl vereinbar sein; insbesondere müssen hiernach bezüglich der Succession in solchen Fideikommissen zunächst und vorzugsweise vor den landrechtlichen Bestimmungen über die Vererbung des Stammguts die Familienanordnungen als entscheidend angesehen werden.

Es erheischt übrigens die Frage, von welcher Natur und von welchem Umfange die Rechte sind, die nach Erlöschung des Mannsstammes der weiblichen Deszendenz des Stifters an dessen Nachlasse zustehen, um so mehr einer näheren Erörterung, als die Lösung dieser Frage wiederholt ebenso im verschiedenen Sinne gegeben, als für das Endresultat erheblich ist.

Digitized by Google

Faßt man zu dieſem Behufe den Inhalt der letztwilligen Verfügungen des Freiherrn Philipp v. Gemmingen, ſoweit ſolcher auf die Rechte der Kläger und die beklagte Stiftung von Einfluß iſt, näher ins Auge, ſo tritt zwiſchen dem Teſtamente vom 6. Februar 1782 und dem nachgefolgten Codizille vom 2. Juni 1784 zunächſt der Unterſchied hervor, daß im Codizill in letzter Reihe die Fräuleinſtiftung zu dem Allodialnachlaſſe berufen iſt, während im Teſtament in letzter Reihe die nächſten Stammes- und Lehenserben berufen waren — daß ferner im Teſtamente nur von den Töchtern des Erblaſſers die Rede iſt, welche nach Erlöſchen ſeines Mannsſtammes und vor den Stammes- und Lehenserben den Genuß des Allodialvermögens (ad dies vitae) haben ſollten, während im Codizill geſagt wird, daß der dort in letzter Reihe berufenen Fräuleinſtiftung nach Erlöſchen der männlichen und der weiblichen Deszendenz des Teſtators das fragliche Allodialvermögen gewidmet ſein ſolle. Es iſt aber dieſer Punkt hier inſofern außer Streit, als die Vertreterin der betreffenden Stiftung anerkennt, daß in jener Stelle des Codizills die ſämmtliche weibliche Deszendenz des Teſtators und nicht blos die im Teſtament genannten Töchter zu verſtehen ſeien, die Stiftung alſo erſt nach Erlöſchen dieſer geſammten Deszendenz in den Genuß des fraglichen Vermögens komme — und als ſchon in dem früheren Urtheile des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreiſes vom 28. Auguſt 1850 und des großh. Oberhofgerichts vom 13. Januar 1852 in Sachen des Seniors der Freiherrlich v. Gemmingen'ſchen Familie und mehrerer ehemaliger Reichsritter gegen die Inteſtaterben des Freiherrn Philipp von Gemmingen (die jetzigen Kläger) — Anſprüche an den fraglichen Nachlaß betreffend — den letztwilligen Dispoſitionen von 1782 und 1784 inſofern die gleiche Auslegung gegeben und rechtlich begründet worden iſt.

Für den Umfang der Rechte der Kläger iſt dagegen von weſentlicher Bedeutung, daß Freiherr Philipp von Gemmingen in ſeinem Teſtamente §. 4 ſeine ganze Allodialverlaſſenſchaft zu einem Fideikommiß ausgeſetzt und verordnet hat, daß ſein Nachlaß ſofort nach ſeinem Tode in ein Inventar gebracht, die Kapitalien nicht getheilt, vermindert oder gar dilapidirt, die Berufenen vielmehr nur die davon fallenden Zinſen und Renten, ohne Schmälerung des Hauptgutes ziehen ſollen; — daß der Teſtator ferner in §. 6 verfügt, daß ſein Allodialvermögen allezeit in einem corpore verbleiben und daher nichts ſeparirt oder alienirt werden ſolle — und in § 10. damit ſein letzter Wille deſto feſter gehalten werde, den Ortsvorſtand des Cantons Craichgau erſucht, daß er als beſonders erbetener Executor dieſer Dispoſition darüber feſt und eifrig halte. Im Codizill vom 2. Juni 1784 hat ſodann der Teſtator unter Hinweiſung auf die Denkungsart ſeiner Söhne und zu befürchtende üble Adminiſtration in §. 1 weiter verordnet, daß nach ſeinem Ableben ſämmtliche Obligationen nebſt Verzeichniß bei dem löblichen Canton Craichgau und in deſſen Archive deponirt, die davon fallenden Zinſe und Einkünfte von Gütern und Gefällen an den zeitigen Amtmann von Thalheim eingeliefert und von demſelben unter ſeine Erben alle Quartal zu gleichen Theilen getheilt, auch ſeinen Töchtern das ihnen zukommende Erbbetreffniß ausbezahlt werde, auch in §. 2 beſonders vorgeſchrieben, wie bei Aufkündung eines Kapitals mit Vorwiſſen des Ortsvorſtandes (Kantonsdirektoriums) zur Sicherung ſeiner Wiederanlage verfahren werden ſolle.

Aus dieſen Dispoſitionen erhellt, wie Freiherr Philipp von Gemmingen es mit ſeinem, zu einem Fideikommiß erklärten Allodialnachlaß gehalten wiſſen wollte, und wie enge Schranken er — wenn auch das Motiv hiefür zunächſt einem perſönlichen Verhältniſſe entnommen war — ganz allgemein der Dispoſition der zum Fideikommiß Berufenen zog. Dieſer unzweideutig und mit Vorbedacht ausgeſprochene Wille des Teſtators muß auch jetzt noch, ſoweit es die veränderten Zeitverhältniſſe geſtatten, zum Vollzug gebracht werden. Indem er nicht ein Individuum, ſondern eine obrigkeitliche Behörde mit der Ausführung ſeiner Dispoſitionen beauftragte, die Depoſition der Obligationen in deren Archive anordnete, und derſelben ſtändige, den Zuſammenhalt ſeines Nachlaſſes, als eines Ganzen, allezeit ſichernde Funktionen übertrug, gab er genugſam zu erkennen, daß es ihm nicht um eine nur vorübergehende, ſondern um eine bleibende Beaufſichtigung zu thun war. Es erſcheint hiernach als ganz unzuläſſig, aus den Beſtimmungen des Landrechts über die vorübergehende Natur der Funktionen eines Teſtamentsvollziehers zu folgern, daß ſeine Anordnungen nicht weiter rechtlich aufrecht erhalten und zum Vollzug gebracht werden können. Ebenſowenig iſt es zu rechtfertigen, wenn die gleiche Folge aus dem Untergange des Ortsvorſtandes des Kantons Craichgau abgeleitet werden will. Es hieße offen gegen den Willen des Teſtirers — nach altem und neuem Rechte das weſentlichſte

Digitized by Google

Moment bei Auslegung und Anwendung letztwilliger Dispositionen — verstoßen, wenn in Folge jener politischen Umwandlung nunmehr dessen Allodialnachlaß zur freien unumschränkten Disposition hinausgegeben und damit dessen eventuelle Widmung unmöglich gemacht würde. Seiner genugsam erkennbaren Intention wird vielmehr nur dadurch entsprochen werden, wenn die Aufbewahrung seines Nachlasses zu Gunsten des eventuell berufenen Fräuleinstifts in einer geeigneten, den veränderten Verhältnissen entsprechenden Weise forthin gesichert wird.

Hieraus ergibt sich, daß das Gesuch der Kläger auf unbedingte Herausgabe des Nachlasses zur freien Disposition von dem großh. Hofgerichte mit vollem Recht zurückgewiesen worden ist, wenn auch dessen Ansicht, daß den Klägern nur ein Nutznießungsrecht an dem fraglichen Nachlasse zukomme, nicht als gerechtfertigt erscheint. Einmal nämlich kann ein Mißbrauch seinem Begriffe nach eben so wenig als ein von Generation zu Generation vererbliches Recht gedacht, wie das Fräuleinstift, welches erst eventuell zum Nachlasse berufen ist, schon jetzt als dessen Eigenthümer angesehen werden. Sodann ergibt sich auch aus dem Inhalte der betreffenden letztwilligen Verfügung das gleiche Resultat. Abgesehen nämlich von der Frage, ob in dem Testamente den dort genannten Töchtern des Erblassers wegen des darin vorkommenden Ausdrucks „quoad usum fructum" nur ein einfaches Nießbrauchsrecht an dem fraglichen Nachlaß zugedacht war: so beruhen die obengedachten Urtheile des großh. Hofgerichts von 1850 und des großh. Oberhofgerichts von 1852 auf dem Satze, daß die schlechthin von der weiblichen Deszendenz des Erblassers redende Stelle des Codizills nicht eine Bezugnahme auf die im Testament genannte einzelne Gattung der weiblichen Deszendenz, die Töchter des Erblassers, enthalte, sondern eine für sich bestehende Verfügung in eigener voller Bedeutung des Ausdrucks „weibliche Deszendenz" und eine selbstständige Berufung der gesammten weiblichen Deszendenz darstelle, es können daher die im Testamente für die dort bedachten Personen ausgesprochenen Befugnisse am Nachlasse nicht kurzweg auf ganz andere Personen, die in der neuen selbstständigen Verfügung des Codizills berufen sind, übertragen werden. Vielmehr ist die weibliche Deszendenz nach dem Codizill als einfach und ohne weitere Beschränkung zu dem Allodialnachlaß berufen zu betrachten, in zweiter Reihe nach der männlichen Deszendenz des Testators und vor dem Fräuleinstift, aber im Allgemeinen mit denselben Rechten an dem Nachlaß, wie die vor ihr gerufene männliche Deszendenz, mit welcher sie in dieser Hinsicht im Codizill gleichgestellt erscheint. Da nun der Testator durch den im Codizill nicht abgeänderten §. 4 des Testaments seine Allodialverlassenschaft zu einem Fideicommiß constituirt hat, so ist die Natur des Rechts sämmtlicher hierzu berufenen männlichen und weiblichen Deszendenten als ein fideicommissarisches Eigenthumsrecht zu bezeichnen. Hiebei muß man jedoch den Ausdruck „Fidei-Commiß" in seiner weiteren Bedeutung als Familienstiftung überhaupt auffassen, und mit dem Begriffe „Stammgut" nicht unbedingt identificiren.

Das Stammgut, ein altdeutsches Institut, hat nämlich wesentlich den Zweck zu Erhaltung des Namens und Stammes zu dienen, und muß daher seinem Begriffe nach mit dem Aussterben des berechtigten Mannsstammes erlöschen. Das deutsche Familienfidei-Commiß ist dagegen ein Produkt der späteren romanisirenden Doktrin, welche eine Form suchte, um deutsch-rechtliches Herkommen mit römisch-rechtlichen Grundsätzen in Einklang zu bringen. Obwohl diese Fideicommisse manche Analogien mit den Stammgütern haben, so unterliegen sie doch nicht schlechthin den gleichen Vorschriften und sind nicht den gleichen Beschränkungen unterworfen; der freie Wille des Stifters ist es vielmehr, der über deren Verwendung und Vererbung Maaß und Ziel gibt; selbst die Berufung der Cognaten, neben oder nach Erlöschung des Mannsstammes, war hiebei nicht ausgeschlossen und findet sich ausnahmsweise.

Bluntschli, deutsches Privatrecht §§. 67. 68.

Wenn nun auch das Landrecht solche Familienfidei-Commisse, als ein von dem eigentlichen Stammgute verschiedenes Institut, nicht sanktionirt hat und darum das Vermögen ferner nur in der für Stammgüter vorgeschriebenen Form gebunden und der Familie erhalten werden kann, so ist doch dem vormaligen Reichsadel die Aufrechthaltung der unter dem älteren Rechte gültig entstandenen Familienstiftungen zugesichert, und es können darum die eigenthümlichen und beschränkenden Vorschriften des Landrechts über Stammgüter auf entgegenstehende besondere Anordnungen über die Successsion in derartige ältere Familienstiftungen nicht unbedingt für anwendbar erachtet werden; insbesondere wäre es in keiner Weise gerechtfertigt, auf den Grund solcher Vorschriften den Cognaten nach dem Aussterben des Mannsstammes das volle unbeschränkte Eigenthum am Stiftungsgute in dem Falle,

Digitized by Google

zuzusprechen, wo der Stifter laut ausdrücklicher Disposition dasselbe im Interesse des Geschlechts für einen weiteren Stiftungszweck erhalten wissen will.

Den Klägern steht hiernach zwar das Eigenthum an der fraglichen Verlassenschaft, aber in einer durch den Willen des Testators so wesentlich beschränkten Weise zu, daß sie deren unbedingte Ausfolgung zu verlangen nicht berechtigt sind; wohl aber kommen ihnen als Eigenthümern gewisse Befugnisse bezüglich der Verwaltung jenes Nachlasses, jedoch nur in so weit zu, als dies mit den Dispositionen des Testators und der Sicherung des Vermögens zu Gunsten des von ihm eventuell berufenen Fräuleinstifts vereinbarlich ist. Zu Realisirung ihrer, in solcher Weise beschränkten Ansprüche die geeigneten Schritte zu thun, bleibt den Klägern überlassen.

Aus diesen Gründen war, ohne daß es auf eine nähere Prüfung der von beklagter Seite eventuell vorgeschützten Einrede der Verjährung der Richtigkeitsklage und der Anerkennung und des Vollzugs des angefochtenen letzten Willens ankam, das hofgerichtliche, abweisliche Urtheil zu bestätigen. Stf.

72.

Bei der Pfandklage wird die Ordinationssumme nach dem Werth der verpfändeten Grundstücke berechnet.

§. 1127 d. Pr.O. vrgl. mit § 37 des Sp.Ges.

So entschied das großh. Oberhofgericht im Juni 1861:

In Sachen
des großh. Oberkirchenraths Assessors Carl Helm in Carlsruhe und des Pfarrers Georg Helm in Sulz
gegen
die Ehefrau des Georg Peter Leutz zu Neckarwimmersbach,
Pfandklage betreffend,

aus folgenden

Gründen:

Die Beklagte ist als Inhaberin von Liegenschaften, auf welche die Kläger für eine Forderung Unterpfandsrecht ansprechen, mit der Pfandklage belangt.

Den L.R.S.S. 2168. 2172. 2173 entsprechend, ist zwar das Klagbegehren alternativ auf Zahlung oder Abtretung von der verpfändeten Liegenschaft gerichtet, allein die Klage ist demungeachtet eine dingliche,

indem sie nur auf der Thatsache beruht, daß die Beklagte sich im Besitz der verpfändeten Liegenschaften befinde. Diese haben aber nach der vorgelegten Schätzung nur einen Werth von nicht ganz dreihundert Gulden; das Rechtsmittel der Oberappellation ist demnach wegen Mangels der in §. 1192 d. Pr.O. bezeichneten Summe nicht zulässig, wenn gleich die Forderung der Kläger, für welche die Liegenschaften der Beklagten angeblich haften, sich auf 1232 fl. 32 kr. beläuft. Denn, wenn auch die Beklagte durch Zahlung dieser Summe sich in der Innhabung jener Liegenschaften schützen kann, so ist doch das Recht der Pfandgläubiger und die ihm entsprechende Verbindlichkeit der nicht persönlich haftenden Beklagten nach L.R.S. 2168. 2161 nicht dahin ausgedehnt, daß von ihr Zahlung geleistet werden muß, sondern darauf beschränkt, daß die Innehabung der Liegenschaften zum Zweck der von den Klägern zu betreibenden Vollstreckung aufgegeben werde.

Zachariä, §. 287. Note 9. Bd. II. S. 173.

Die Kläger wollen sich also durch die erhobene Klage nur die, in das Eigenthum der Beklagten übergegangenen Liegenschaften als Zugriffsgegenstand wahren, deren Werth die Oberappellationssumme nicht erreicht. Stf.

73.

Die Rekursfrist beträgt nicht 28, sondern 29 Tage. Sie wird von Tag zu Tag gerechnet und ein Zusatztag nicht beigezählt. §. 139. Abs. 2 Str.Pr.O.

J.U.S. gegen Eduard und Karl Gottfried Bertsche und Johann Nepomuk Lang von Möhringen, wegen Beleidigung, begann der Lauf der Rekursfrist am 16. Januar 1861; diese wurde aber mit Rücksicht darauf, daß erst am 5. Februar die Akten vollständig zur Einsicht des rekurrentischen Anwalts bereit lagen, auf dessen Gesuch um 14 Tage erstreckt. Die Rekursausführung kam jedoch erst am 1. März ein.

Durch oberhofg. Erkenntniß vom 1. Juni 1861 wurde der Rekurs als unstatthaft verworfen, weil der Ablauf der, 29 Tage betragenden, auf 43 Tage erweiterten, Frist nach §. 129. Abs. 2 Str.Pr.O am 28. Februar vollendet war, die Rekursausführung sonach um 1 Tag zu spät einkam.

Trotz dieser geringen Ueberschreitung wurde der Wiederherstellungsbitte nicht willfahrt, weil in vollen 3 Wochen (vom 5 Februar an) der Anwalt einen zur Akteneinsicht und Ausführung des Rekurses (in einer Ehrenkränkungssache) vollkommen genügenden Zeitraum hatte.

Digitized by Google

In ähnlicher Weise wurde am 22. Juni 1861 in der Untersuchung gegen Notar Joseph Frei und Rothgerber Eduard Berische von Möhringen wegen Verläumdung erkannt. In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntniß ist noch besonders ausgeführt:

„Die Rechtzeitigkeit des Rekurses kann auch nicht durch Berufung auf §. 230 der bürgerlichen Pr.O., welche für den letzten Tag einer Frist den auf den Tag der Ablauf der Frist unmittelbar folgenden Tag erklärt, dargethan werden, da diese Gesetzesstelle eine für das bürgerliche Verfahren gegebene besondere Bestimmung enthält, welche dem klaren Inhalte des Rekursgesetzes vom 3. August 1837 §. 10 gegenüber und im Hinblicke auf die Satzung des nach § 25 d. Einf.G. vom 5 Februar 1851 in Kraft getretenen §. 139 Abs. 2 der Str.Pr.O. auf Strafsachen keine Anwendung findet."

Der in der Rekursausführung eventuell gestellten Wiederherstellungsbitte, für welche sich auf den Umfang des Aktenmaterials bezogen wurde, ist auch in dieser Sache nicht stattgegeben worden, indem jener Grund bei der Größe der zu Gebot gestandenen Fristen, sowie im Hinblick auf die Lage der Sache und den Inhalt der Rekursausführung nicht für genügend erachtet wurde. Stf.

74.

Die Rekursbeschwerde muß in der Regel bei dem Untersuchungs- oder urtheilenden Gerichte eingereicht werden.

In U.S. gegen Rudolph Krieg von Norsingen, wegen Unterschlagung, erging am 27. Dez. 1860 das Strafurtheil, welches dem Verurtheilten auf Requisition des großh. Amtsgerichts Baden durch das Stadtamtsgericht Freiburg am 19. Febr. 1861 verkündet wurde, worauf er sogleich den Rekurs anzeigte. Am 1. März stellte er den Adv. Buch in Freiburg als Anwalt auf, welcher um Einsicht der Acten bat. Diese wurden am 6 März zu diesem Zwecke an das Stadtamtsgericht Freiburg abgesendet, und zugleich dem Anwalte Nachricht hievon gegeben. Nach Beurkundung der Registratur hat dieser am 16. März die Acten eingesehen. Am 18. März übergab er die Rekursbeschwerdeschrift dem Stadtamtsgericht Freiburg, welches an demselben Tage die Absendung der Acten und dieser Schrift an das Amtsgericht Baden verfügte. Nach dem diesem Beschluß beigefügten Präsentatum kam jedoch derselbe und mit ihm die Rekursbeschwerde erst am 21. März bei dem Amtsgericht Baden ein.

Deßhalb erkannte das großh. Oberhofgericht am 1. Juni 1861, No. 1287/88, der von dem Angeschuldigten gegen das Urtheil des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 27. Dez. 1860 ergriffene Rekurs sei als unstatthaft zu verwerfen.

Gründe:

In Erw., daß das hofg. Urtheil, wogegen der Rekurrent sich anher beschwerte, demselben am 19. Febr. d. J. verkündet worden, die Beschwerdeschrift aber erst am 21. März, somit nach Ablauf der mit dem 20. März umflossenen Rekursausführungsfrist eingekommen ist;

In Erw., daß die am 18. März erfolgte Einreichung der Beschwerdeschrift bei dem Stadtamtsgericht Freiburg diese Verspätung nicht zu beseitigen vermag, da dieses Gericht weder von dem Untersuchungs-, noch von dem entscheidenden Gericht requirirt war, in deren Namen die Beschwerde auf- oder hinzunehmen, das hinsichtlich der Urtheilsverkündung erlassene Ersuchschreiben oder die weitere Requisition, dem rekurrentischen Anwalt die Akteneinsicht zu gestatten, aber niemals hierher bezogen werden darf; da hiermit das großherzogl. Stadtamtsgericht Freiburg nur zur Vornahme dieser Acte ermächtigt wurde, und durch die erstere Requisition nur dann etwa zur Aufnahme der Beschwerde zuständig geworden wäre, wenn Rekurrent solche sofort bei der Urtheilseröffnung mündlich zu Protokoll ausgeführt haben würde;

In Erw., daß die Bestimmung des §. 278 der Str.-Pr.O. hier nicht angerufen werden kann, da solche nach § 116 des E.Ges. zum Str.G.B. nur bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse gesetzliche Kraft hat, für die gewöhnlichen Rekurse dagegen nach §. 110 jenes Edikts das Rekursgesetz vom 3. August 1837, Reggsbl. No. 25, maaßgebend ist, welches von einer Befugniß des Verurtheilten, den Rekurs auch bei einem in der Sache nicht zuständigen Gerichte auszuführen, nichts enthält.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Stf.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. Band XXVII No. 24.

73.

Oberhofgericht.

Wechselprozeß.

1) Die Beschaffenheit der Wechsel zur Zeit der Ausgabe entscheidet bezüglich ihrer Giltigkeit; übrigens ist die Ausstellung von Blanqueten zulässig.

2) Eine Privaturkunde darf mit einem andern Tage als dem, an welchem sie errichtet wurde, bezeichnet werden.

3) Die wechselmäßige durch Annahme eines gezogenen Wechsels übernommene Verpflichtung zur Zahlung der Wechselsumme tritt auch dann ein, wenn der Bezogene keine Deckung erhalten hat; dem Bezogenen bleibt aber die Geltendmachung etwaiger Ansprüche an den Aussteller in gesonderterem Rechtswege vorbehalten.

4) Der thatsächliche Grund der Widerklage muß zur Zeit ihrer Erhebung schon bestehen.

Kaufmann Wilhelm Seitz in Carlsruhe hatte drei Wechsel vom 30. Juli 1858 auf den Oekonomen Paul Leisinger in Emmersbach gezogen, welche von diesem acceptirt wurden. Als sie zur Verfallzeit, 30. Juli 1859, dem Traffaten zur Zahlung präsentirt wurden, verweigerte er diese und die Wechsel wurden protestirt. Gegen die Wechselklage des Traffanten wandte der Traffat ein,

1) die Wechsel seien zur Zeit des Accepts noch leere Formulare gewesen;

2) er habe keine Deckung erhalten,

3) der Kläger habe ihm versprochen, die Wechsel zurückzugeben.

Ueber jede dieser Einwendungen schob der Beklagte dem Kläger den Eid zu und forderte sofort für den Fall, daß er nach Wechselrecht verurtheilt werde, die zu zahlende Summe widerklagend zurück.

Das Urtheil des großh Amtsgerichts Lahr vom 9. August 1859, No. 7151, erging dahin:

I. Wenn der Kläger den ihm zugeschobenen Eid schwört:

Es ist nicht wahr, daß mir der Beklagte die jetzt ausgefüllt vorliegenden drei Wechsel in Folge einer vor dem 15. Juni 1858 zwischen uns getroffenen Uebereinkunft, in blanco acceptirt, einhändigte, und daß ich mich durch ein späteres Uebereinkommen vom Ende Juni v. J. (1858) verpflichtete, dem Beklagten jene drei Wechselblanquete wieder herauszugeben,

so wird der Beklagte für schuldig erklärt werden, eintausend neunhundert Gulden nebst 6 pCt. Zinsen vom 30. Juni d. J. (1859), sowie weitere 2 fl. 30 kr. und 6 fl. 20 kr. binnen drei Tagen bei Vollstreckungsvermeidung an den kläger'schen Bevollmächtigten zu bezahlen und die Kosten der Vorklage zu tragen.

Weigert sich Kläger, den Eid zu leisten, so wird er mit der eingeklagten Forderung unter Verfällung in die Kosten der Vorklage abgewiesen.

II. Der Beklagte, Widerkläger sei mit der erhobenen Widerklage unter Verfällung in die hierdurch veranlaßten Kosten abzuweisen.

Gegen das bestätigende, den Beklagten auch in die Kosten des zweiten Rechtszuges verfällende, Urtheil des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 10. Febr. 1860, No. 524, III. Sen., ergriff der Beklagte die Oberberufung; allein vom großherzogl. Oberhofgericht wurden die Urtheile der vordern Instanzen am 26. Juni 1860 bestätigt unter Verfällung des Beklagten auch in die Kosten des dritten Rechtszuges.

Entscheidungsgründe.

Die Beschwerden, welche von dem Beklagten gegen das vom Amtsgericht erlassene und vom Hofgerichte bestätigte Urtheil in gegenwärtiger Instanz aufgestellt sind, erscheinen nicht begründet.

Zunächst hatte Beklagter schon in erster Instanz be-

Digitized by Google

hauptet, daß die Accepte, welche sich auf den in der Klage geltend gemachten Wechseln befinden, zwar von ihm, dem Beklagten herrühren, aber auf die Wechselformulare, welche zu fraglichen Wechseln verwendet sind, schon vor Ausfüllung derselben und vor dem Ausstellungsdatum, welches die Wechsel jetzt tragen, als Blanquete beigesetzt worden seien; und Beklagter Oberappellant findet sich beschwert, daß obige Behauptung nicht selbstständig für sich auf den dem Kläger darüber zugeschobenen Haupteid ausgesetzt, und nicht auch schon von der Nichtleistung dieses Eides die Abweisung der Klage abhängig gemacht, sondern in dem Urtheile der obige Umstand nur im Zusammenhang mit der weiter vorgeschützten Einrede des Uebereinkommens von Ende Juni 1858 berücksichtigt wurde. Allein die drei eingeklagten Wechsel zeigen sich nach dem Stande, wie sie mit der Klage vorgelegt sind, und wie sie ausweislich der vorliegenden Protesturkunde auch dem Beklagten unterm 30. Juli v. J. zur Zahlung präsentirt worden waren, mit allen Erfordernissen ausgestattet, welche nach Art. 4 und 6 und 23 der deutschen Wechselordnung zu ihrer Giltigkeit und zur wechselmäßigen Haftung des Beklagten nothwendig sind. Der Art 7 der Wechselordnung, welcher die Folgen von Mängeln in den Wechselurkunden ausspricht, kann aber nur jene Beschaffenheit der Urkunden im Auge haben, welche dieselben in dem Zeitpunkte haben, in welchem sie zum Gebrauch hinausgegeben werden, indem erst in diesem Zeitpunkte, wie der Artikel voraussetzt, in Frage kommen kann, ob die Schrift eine „Wechselverbindlichkeit" bewirke, oder „Wechselkraft" habe. Es ist daher bei eigenen Wechseln, ungeachtet des Art. 7, vergl. mit Art. 98 Ziff. 1 und 96 der Wechselordnung, wohl noch nicht bezweifelt worden, daß ein solcher Wechsel giltig sei, wenn auch der Aussteller ursprünglich zuerst seine Unterschrift unter das leere Wechselformular gesetzt hat, und letzteres erst später von ihm oder in seinem Auftrag von Andern ausgefüllt worden war: wenn nur zur Zeit der Ausgabe der Wechsel vollständig ausgefertigt erschien. Eben dies muß aber auch von den vorwürfigen trassirten und zugleich acceptirten Wechseln gelten, indem nach der Verabredung, der Aussteller und der Acceptant sofort zur ursprünglichen Ausfertigung der Wechsel zusammenzuwirken hatten, und die Wechsel nur zugleich mit beigesetztem Accept im Verkehr erscheinen, und erst in dieser Beschaffenheit für Hervorbringung von Wechselverbindlichkeiten und von Wechselkraft, wie Art. 7 voraussetzt, wirksam werden sollten. Wenn nun Kläger die Papiere der Verabredung gemäß in solcher Beschaffenheit ausgab, so kann denselben die Bestimmung des Art. 7 nicht entgegengehalten werden, insbesondere nicht von dem Beklagten, da die Wechsel in der von ihm verabredeten Gestalt zum Gebrauch kamen, und er bei Beisetzung seines Accepts keineswegs, wie doch die Anwendung des Art. 7 voraussetzen müßte, die Absicht und die Meinung gehabt hätte, das damals vorgelegene leere Formular zu acceptiren. Es ist vielmehr — nachdem die Papiere in dem Zeitpunkt, in welchem sie behufs ihrer rechtlichen Wirksamkeit im Verkehr erschienen sowohl den Wechsel als das Accept enthielten — für die Beurtheilung ihrer Vollständigkeit oder Unvollständigkeit nicht mehr von Erheblichkeit, ob bei der vorangegangenen Ausfertigung der Urkunden der Wechselaussteller mit Ausfüllung des Wechselformulars, oder der Acceptant mit Niederschreibung des Accepts den Anfang gemacht hatte. Daß aber die Ausstellung von Blanqueten an sich, abgesehen von den Bestimmungen des mehrerwähnten Art. 7 nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zulässig sei, läßt sich nicht bestreiten,

vrgl. v. Bayer, Vorträge über den ordentl. Civilprozeß §. 257 (8. Ausg.),

und es ist insbesondere auch im Wechselrecht, Art. 36 Abs. 1 d. Wechselordnung eine Art von Blanqueten ausdrücklich als zulässig und verbindlich erklärt. Der Beklagte kann aus der behaupteten Ausstellung der Accepte als Blanquete um so weniger einen Einwand entnehmen, als er nicht behauptet hat, daß der Kläger in der Art oder in dem Betrag der ausgestellten Wechsel den Bestimmungen der darüber bei Ausstellung der Accepte getroffenen Uebereinkunft entgegengehandelt hätte. Endlich erscheint es nach L.R.S. 1328 als kein Erforderniß der Giltigkeit einer Privaturkunde überhaupt, noch gemäß der Art. 4 und 7 und 21 der Wechselordnung der Giltigkeit der in Frage stehenden Wechselurkunden, daß das darauf gesetzte Datum wirklich dasjenige sei, an welchem die Urkunde geschrieben wurde. Die Beschwerde des Beklagten, daß nicht auf den Eid

Digitized by Google

über die behauptete Ausstellung der Blanquete erkannt wurde, ist hiernach nicht begründet.

Der Umstand der behaupteten Ausstellung der Accepte als Blanquete ist aber in dem Urtheil der Vorderinstanzen in den Eid aufgenommen, welchen der Kläger über das Beklagtischer Seits behauptete Uebereinkommen von Ende Juni 1858 gemäß der geschehenen Eideszuschiebung zu schwören hat. Nach diesem Uebereinkommen soll sich nämlich der Kläger gegen eine Abfindungssumme verpflichtet haben, die damals in seinen Händen befindlichen Wechsel, beziehungsweise Wechselblanquete des Beklagten an diesen herauszugeben, und da, wie bemerkt, dieses Uebereinkommen schon Ende Juni 1858, also vor dem 30. Juli 1858, dem Ausstellungsdatum, welches jetzt die eingeklagten Wechsel enthalten, geschehen sein soll, so war allerdings, um diesem Uebereinkommen auch Wirksamkeit auf die eingeklagten Wechsel, beziehungsweise Wechselaccepte von früherem Datum zuzuschreiben, für den Beklagten erforderlich, noch weiter, wie geschehen, zu behaupten, daß die Wechselaccepte schon von einer früheren Zeit als dem jetzt erscheinenden Ausstellungsdatum der Wechsel und aus einer Zeit vor dem fraglichen Uebereinkommen herrührten, und als Blanquete ausgestellt worden seien. Hierdurch erscheint der Eid, wie er im Urtheil bestimmt ist, im Wesentlichen gerechtfertigt, und es ist dadurch, daß der Kläger, um die Einrede des Beklagten zu beseitigen, nicht blos den Abschluß des Uebereinkommens von Ende Juni 1858, sondern auch die behauptete frühere Ausstellung der Accepte als Blanquete abzuschwören hat, jedenfalls nicht der Beklagte, Oberappellant, beschwert, während der Kläger keine Berufung ergriffen hat. Ebenso ist der Beklagte nicht dadurch beschwert, daß in der Eidesformel die Abfindungssumme, gegen welche der Kläger in dem fraglichen Uebereinkommen von Ende Juni 1858 die Herausgabe der Wechsel zugesichert haben soll, nicht näher bezeichnet wurde: indem nun der Kläger das Zustandekommen eines solchen Uebereinkommens überhaupt — sei es gegen welche Abfindungssumme es wolle — abzuschwören hat, um obzusiegen.

Es ist ferner von dem Beklagten in Beziehung auf den schon in den früheren Instanzen vorgeschützten Einwand, daß er für die Beträge der fraglichen Wechsel zusammen zu 1900 fl. die Deckung noch nicht erhalten, also noch anzusprechen habe, eine Beschwerde darüber aufgestellt, daß nicht auf den deßhalb dem Kläger schon früher zugeschobenen und jetzt näher bezeichneten Eid erkannt wurde. Allein diese Einrede ist, so wie sie vorgetragen wurde, für gegenwärtiges Verfahren ohne Erheblichkeit.

Die Ausstellung des Wechsels und die Annahme desselben von Seiten des Bezogenen stellt ein selbstständiges Rechtsgeschäft (eine Art Litteralkontrakt oder Formalakt) mit eigenen Wirkungen, insbesondere mit der wechselmäßigen Verpflichtung des Bezogenen zur Zahlung der Wechselsumme dar. Diese wechselmäßige Verpflichtung zur Zahlung der Wechselsumme tritt unabhängig von dem **Grunde** ein, aus welchem der Bezogene sich zur Uebernahme der Verpflichtung veranlaßt fand, so daß es also auch ohne Einfluß ist, ob derselbe Deckung dafür erhalten hatte, oder nicht, indem er jene Zahlungsverpflichtung auch vorschußweise, auf Borg, auf Conto-Current u. dergl. mit dem bloßen Vorbehalt übernehmen konnte, nach geleisteter Zahlung der Wechselsumme seiner Zeit aus jenen Rechtstiteln Vergütung dafür geltend zu machen, wie denn auch in der Wechselordnung nirgends die Bestimmung über die Deckung des Bezogenen so wenig als über die Valuta bei dem Remittenten, — als ein nothwendiger Theil des Wechselgeschäfts bezeichnet ist. Die von dem Beklagten durch die Accepte übernommene wechselmäßige Zahlungsverpflichtung konnte also nicht schon durch den bloßen Umstand, daß keine Deckung **gegeben** war, abgewendet werden, und die blos hierauf gebaute Einrede des Beklagten erscheint daher, obwohl es sich hier um das Verhältniß zwischen dem Bezogenen und dem Aussteller selbst (Art. 82 und 23 Abs. 3 der Wechs.Ordg.) handelt, ohne Erheblichkeit, und ist der Beklagte nicht beschwert, daß auf den von ihm darüber zugeschobenen Eid nicht erkannt wurde. Daß bei dem Wechselgeschäfte selbst ausdrücklich bedungen worden wäre, daß für die Wechsel vor der Verfallzeit Deckung angeschafft sein sollte, ist nicht behauptet, und daher nicht weiter zu erörtern.

Vrgl. allg. deutsche Wechselordnung, Einleitung und Erlänt. dazu, Leipzig 1848, zu §. 23 d. W.O. S. 105. 107. 109. Ziff. 4 u. 5 u. 110—111.

Renaud, Wechselrecht § 31.

Kletke's Präjudizienfammlung in Handels- u. Wechselsachen, Erlangen 1858, S. 186. 187.

Annal. Jahrg XII. (1844) No. 52 S. 383.

Digitized by Google

Wenn endlich von dem Beklagten auf den ebenbemerkten Grund der mangelnden Deckung eventuell für den Fall, daß Beklagter zur Zahlung der eingeklagten Wechselbeträge verurtheilt würde, jetzt schon eine Widerklage auf Rückerstattung dieser Beträge erhoben wird, so erscheint solche schon deßhalb unstatthaft, weil nach der Natur der Sache, und nach Maaßgabe der §§. 287 ff. der Prozeßordnung der thatsächliche Grund, auf welchen diese Klage gebaut werden will, schon bei Erhebung der Klage bestehen muß, während hier der zur thatsächlichen Grundlage der Widerklage gehörende Umstand, daß Beklagter die Wechselzahlung, deren Rückerstattung verlangt wird, geleistet habe, noch keineswegs eingetreten, vielmehr selbst die Vorbedingung dazu, nämlich die Verpflichtung zur Zahlung, noch von der Leistung oder Nichtleistung des urtheilsmäßigen Eides abhängig gemacht ist.

Die erhobene Widerklage ist daher mit Recht, ohne auf die dafür angetretenen Beweise einzugehen, zurückgewiesen worden.

Dagegen bleibt, wie sich von selbst versteht, dem Beklagten für den Fall, daß er in Folge des Urtheils die eingeklagten Wechselsummen und weiteren Beträge nach Wechselrecht zahlen muß, vorbehalten, seine etwa deßhalb bestehenden Ansprüche auf Vergütung in gesondertem Rechtsweg geltend zu machen, wie auch Art. 23 der W.O., im letzten Absatz, eine solche, dem Bezogenen vorbehaltene Geltendmachung seiner Ansprüche an den Wechselaussteller andeutet.

Vrgl. Annalen Jahrg. XXVI. (1859) No. 35 und 36 S. 148—149. Stf.

76.

Wiederaufnahme des Verfahrens.

Einf.Gesetz vom 5. Februar 1851 §. 119.

In der Nacht vom 8. auf den 9. Februar 1848 hatte zu Oppenau eine Feuersbrunst statt, welche sich den Umständen nach sofort als Folge einer Brandstiftung darstellte. Die alsbald eingeleitete Untersuchung führte zu keiner Ueberweisung der Thäter. Außergerichtliche Beschuldigungen, welche Anton Huber von Oppenau in den Jahren 1851—53 gegen den Ehemann seiner Schwester, Joseph Amrhein von Oppenau, und Andre erhob, führten zu einer Wiederaufnahme der Untersuchung. Die Sache kam im Dezember 1853 vor das Schwurgericht des Mittelrheinkreises und durch Urtheil des Schwurgerichtshofes vom 23. Dezember 1853 wurden auf den Grund des Wahrspruchs der Geschworenen mehrere Einwohner von Oppenau wegen Verübung gedachter Brandstiftung zu bedeutenden Zuchthausstrafen verurtheilt, unter denselben Joseph Amrhein, den wegen Theilnahme an der Verabredung zum Verbrechen der Brandstiftung eine Zuchthausstrafe von sieben und einem halben Jahre oder fünf Jahren Einzelhaft traf.

Während der Dauer dieser Strafe stellte Jos. Amrhein ein Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens, indem er unschuldig verurtheilt worden zu sein behauptete, sowie mehrere Begnadigungsbitten. Ersteres Gesuch wurde wegen Mangels genügender Begründung zurückgewiesen, letztere Bitten blieben unberücksichtigt. Nach erstandener Strafe wiederholte Amrhein jenes Gesuch unter ausführlicher Begründung desselben, in welcher das Hauptgewicht darauf gelegt wurde, daß die Schuldigerklärung auf den Grund der Aussage des Anton Huber erfolgt, daß aber diese Aussage wissentlich falsch abgegeben sei und daß Huber selbst am 13. Mai 1860 diese Falschheit seiner Aussage vor einer Reihe von Zeugen eingekannt hatte. Die Akten über die das schwurgerichtliche Verfahren vorbereitende Untersuchung wiesen nach, daß die gemäß Pr.O. §. 149 ohne Beeidigung abgegebene Aussage des Huber in der That einen Hauptstützpunkt für die Anschuldigung gebildet hatte. Die schwurgerichtlichen Akten thaten dar, daß Anton Huber von dem Schwurgerichte vernommen worden war.

Das Gesuch des Amrhein wurde von großh. Staatsanwalte am Hofgerichte des Mittelrheinkreises bekämpft und von diesem Gerichtshofe mit Erkenntniß vom 25. Mai d. J. dahinhin, daß nach Wort und Geist des einschlägigen Gesetzes — §. 119 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 — nur der Meineid des Zeugen die Wiederaufnahme des Verfahrens zu begründen vermöge, daß aber ein solcher Meineid, da Huber nicht beeidigt worden sei, nicht in Frage komme, abgewiesen. Gedachtes Erkenntniß, welches von Seiten Amrheins hauptsächlich mit der Bemerkung angegriffen wurde, daß die Wirkung einer unbeschworenen falschen Aussage, falls letztere zur Schuldigerklärung beitwirke, der einer beschworenen solchen Aussage ganz gleich sei, er-

Digitized by Google

hielt unter dem 29. Juli d. J. die Bestätigung des großh. Oberhofgerichts.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe besagen, nachdem sie in ihrem Eingange auf die Art der Begründung dieses Gesuches und den Inhalt des einschlägigen §. 119 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 hingedeutet, Folgendes:

„Es ist somit in dieser Gesetzesstelle (§. 119 cit.) ausgesprochen, daß eine Wiederaufnahme des Verfahrens in schwurgerichtlichen Strafsachen, wenn dieselbe durch Berufung darauf, daß Zeugen unwahr zum Nachtheile des Verurtheilten ausgesagt hätten, begründet werden wolle, nur im Falle eines von diesen Zeugen begangenen Meineids, mithin nur dann, wenn sich die Zeugen des Verbrechens des falschen Zeugnisses im Sinne des §. 487 des St.G.B. schuldig gemacht hätten, statthaft sei.

Anton Huber hat nun aber weder im Laufe der Voruntersuchung noch vor dem Schwurgerichte einen Zeugeneid geleistet, ja er konnte als Bruder der Ehefrau des Joseph Amthein gemäß St.Pr.O. §. 149 zur Leistung eines solchen Eides gar nicht veranlaßt werden. Er war also auch nicht in der Lage, durch eine falsche Aussage das Verbrechen des falschen Zeugnisses zu begehen. Unter diesen Verhältnissen liegt offenbar der Fall des angeführten §. 119 hier nicht vor. Eine Anwendung dieser Gesetzesstelle auf Fälle blos unrichtiger, insbesondere unrichtiger unbeschworener Zeugenaussagen kann aber schon um deßwillen nicht stattfinden, weil die gesetzlichen Bestimmungen über Wiederaufnahme des Verfahrens im Hinblicke darauf, daß sie die Regel, der zufolge Urtheile des letzten Rechtszuges oder der Schwurgerichte unanfechtbar sein sollen, beschränken, den Vorschriften einer richtigen Gesetzesauslegung nach nicht ausgedehnt werden dürfen. Ueberdies liegt durchaus kein zureichender Grund dafür vor, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, dasjenige, was er für den Fall des Verbrechens des falschen Zeugnisses angeordnet, auch im Falle unrichtiger unbeschworener Zeugenaussagen eintreten zu lassen, indem zwischen beiden Fällen offenbar die gewichtigsten Unterschiede bestehen. Selbst abgesehen von dem bisher Erörterten müsse der mehrerwähnten Gesetzesstelle im gegenwärtigen Falle auch um deßwillen die Anwendung versagt werden, weil ihr zufolge derjenige, der die Wiederaufnahme des Verfahrens begehrt, darthun muß, daß die Sachverständigen oder Zeugen meineidig seien, weil er hiernach jedenfalls die Beweismittel bezeichnen muß, welche dafür, daß ein falsches Gutachten oder Zeugniß wider besseres Wissen abgegeben worden, sprechen, weil aber, wenn auch durch die vorgeschlagenen Zeugen Gewißheit darüber erlangt würde, daß Anton Huber sein früheres Zeugniß widerrufen habe, aus diesem Widerrufe immerhin keineswegs folgen würde, daß der Widerruf der Wahrheit gemäß, das frühere Zeugniß aber ein falsches gewesen sei, indem es sich recht wohl denken ließe, daß Anton Huber früher die Wahrheit ausgesagt, sich in neuerer Zeit aber aus was immer für Gründen zu dem erwähnten Widerrufe verstanden hätte, weil es endlich, insoweit sich der Gesuchsteller, um die Falschheit der früheren Aussage des A. Huber darzuthun, auf eine Reihe von Vorgängen beruft, aus denen sich ergeben soll, wie und wodurch Letzterer zu jenem falschen Zeugnisse veranlaßt worden sei, an der Bezeichnung erheblicher Beweise gebricht."

Nachstehende Betrachtungen dürften dazu dienen, die Richtigkeit der bisher dargelegten Anschauungsweise in ein noch klareres Licht zu setzen.

Die Verfolgung der Entstehungsgeschichte der §§. 119. 120 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 führt zu folgendem Ergebnisse. Die Ziff. 1 des §. 299 der Str.P.O. von 1845, welche letztere bekanntlich von einer gesetzlichen Beweistheorie — der Theorie der Beweisminima — ausging, enthält eine dem §. 119, die Ziff. 2 desselben §. eine dem § 120 des Einf.Ges. entsprechende Satzung. Die Motive der großh. Regierung zu §. 299 besagen nun: „Uebrigens müssen die neuen Beweise entweder die Falschheit der früheren Beweismittel darthun, oder doch von der Art sein, daß bei ihrer früheren Vorbringung ein anderes Urtheil zu erwarten gewesen wäre. Im ersteren Falle, wenn das Urtheil auf falschen Beweismitteln beruhte, muß es unbedingt aufgehoben und das Verfahren erneuert werden, die Sache mag sonst in materieller Hinsicht stehen, wie sie will. Im andern Falle findet die Wiederaufnahme nur insofern statt, als die Neuheiten in materieller Hinsicht darthun, daß der Verurtheilte ganz freizusprechen, oder doch nur eines mit einer geringeren Strafart bedrohten Verbrechens schuldig zu erklären gewesen wäre." Der §. 299 Ziff. 1 entspricht dem — indessen nur von falschen Zeugen (nicht von Urkunden u. s. w.), redenden Art. 445 des franz. Code d'instr. crim. und sehr zu beachten ist, daß dieser Art. die Wiederaufnahme des Verfahrens nur in dem

Digitized by Google

Falle zuläßt, wenn Zeugen wegen falschen Zeugnisses verurtheilt werden. Der § 299 Ziff. 2 entspricht der deutschen Rechtsanschauung, wie sie z. B. Mittermaier Strafverfahren II. §. 205. S. 634 bezeugt. (Das franz. Recht kennt einen solchen allgemeinen Restitutionsgrund nicht. C. d'instr. crim. livre II. titre III. chap. III. „des demandes en revision art. 443—445.)

Als man das Schwurgerichtsgesetz vom 17. Februar 1849 entwarf, überzeugte man sich davon, daß neben einer Aburtheilung durch Geschworene auch für die den Geschworenen nicht zukommenden Fälle die Beweistheorie der Str.Pr.O. unmöglich fortbestehen könne, und strich im §. 39 des Entwurfs den XIX. Titel der Str.Pr.O. von 1845 (Kammerverhandlung von 1847/49. II. Kammer. 7. Beil.Heft. S. 251. 418). Im Laufe der ständischen Verhandlungen kam es dazu, daß im §. 39 eine Ziffer (6) eingeschaltet wurde, in welcher auch eine Anordnung hinsichtlich der Wiederaufnahme des Verfahrens dahin getroffen wurde, daß zwar die Ziff. 1 des Str.-Pr.O. §. 299 (mit einer kleinen Modification — Strich der Worte „und berücksichtigt") beibehalten, an die Stelle der Ziff. 2 des §. 299 aber die den Satzungen der Art. 443. 444 des C. d'instr. crim. entsprechenden Bestimmungen des nunmehrigen §. 120 Ziff. 2 ab des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 gesetzt wurden. Kammerverhandlungen a. a. O. 6. Pr.Heft. S. 303. Darnach wurde auch das Gesetz selbst — §. 45 — gefaßt. Reg.Bl. von 1849. S. 93. Wie es scheint, war man damals der Ansicht, daß sich die Satzung des § 299. Ziff. 2 der Str.Pr.O. nicht wohl mit der Aufhebung jeglicher Beweistheorie vertrug. Von einer andern Ansicht ging man aber bezüglich der nicht schwurgerichtlichen Fälle bei Fassung des Einf.G. vom 5. Februar 1851 aus. Während der Entwurf in der fraglichen Hinsicht dem §. 45 des Gesetzes von 1849 entsprach (Kammerverhandlung von 1850/51. II. Kammer S. 149), ging man in dem Commissionsberichte der II. Kammer (a. a. O. S. 220) davon aus, daß kein Grund vorliege, für Fälle hofgerichtlicher oder amtsgerichtlicher Aburtheilung die Vorschrift des §. 299 Ziff. 2 zu beseitigen. Nach dieser Ansicht wurde das jetzt bestehende Gesetz gefaßt. Man dürfte angenommen haben, daß Ziff. 2 des §. 299 der Str.Pr.O. um deßwillen noch am Platze für die fraglichen Fälle sei, weil in diesen doch Entscheidungsgründe anlägen, man mithin wisse, worauf die Verurtheilung beruht habe. Bekk sagt in seinen Anmerkungen zum Gesetz vom 5. Februar 1851 S. 106: „Es wird vorausgesetzt, daß der Verurtheilte nach Ziff. 1 ein gegen ihn stattgehabtes Verbrechen der Urkundenfälschung, des falschen Zeugnisses oder der Bestechung nachweise oder, daß eines der in Ziff. 2 genannten sonstigen augenfälligen Zeichen eines stattgefundenen Irrthumes zu Tage komme." Die Anschauung Bekk's, wonach keineswegs der bloße Nachweis einer im Laufe der gerichtlichen Verhandlung unterlaufenen Unrichtigkeit, sondern nur der eines „augenfälligen," durch das Gesetz besonders bestimmten „Zeichens" eines eingetretenen Irrthumes zur Wiederaufnahme der Untersuchung berechtigt, ist die des franz. Rechts (vrgl. Mittermaier a. a. O. §. 206. S. 641) und sie hat wie die vorstehenden geschichtlichen Notizen an die Hand geben, ihren Eingang in dem §. 119 des Einf.Ges., somit in die Sphäre der schwurgerichtlichen Strafsachen gefunden. Der Gedanke des Gesetzgebers bei Aneinanderreichung der §§. 119. 120 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 war sicher der schon oben angedeutete, daß eine allgemeine Bestimmung, wie die des §. 120, auf schwurgerichtliche Sachen, bei denen eine Feststellung der Gründe, auf die hier verurtheilt worden, nicht stattfinde, unanwendbar, daß mithin hier nur in besondern, scharf normirten Fällen eine Wiederaufnahme des Verfahrens am Platze sei, während bei nicht schwurgerichtlichen Sachen, finde die Aburtheilung auf den Grund der Acten oder einer mündlichen Verhandlung statt, wegen der dort unter allen Umständen eintretenden Feststellung der thatsächlichen Grundlagen des Urtheils durch die Entscheidungsgründe allerdings der gedachten Wiederaufnahme ein weiterer Spielraum gegönnt werden könne und daher im Interesse des materiellen Rechts auch zu gönnen sei. Die bisherige Entwickelung führt wohl mit Sicherheit zu der Annahme, daß das Wort „meineidig" in §. 119 keineswegs dahin ausgedehnt werden darf, daß darunter auch der Fall einer unbeschworenen unrichtigen Zeugenaussage begriffen wird. Die Argumentation der Nothwendigkeit einer solchen Ausdehnung, welche sich darauf stützt, daß eine unrichtige Aussage eines unbeeidigten Zeugen, soferne daraufhin verurtheilt worden, in der Wirkung der falschen Aussage eines meineidigen Zeugen vollkommen gleichkomme, kann — selbst abgesehen von der ihr entgegenstehenden Entstehungsgeschichte der betreffenden Gesetzesbestimmungen —

Digitized by Google

auch schon um deßwillen nicht durchgreifen, weil der Gesetzgeber nichts destoweniger guten Grund hatte, bei dem Falle einer meineidigen Aussage stehen zu bleiben, indem er sicherlich zu der Unterstellung berechtigt war, die Verurtheilung auf unbeschworene Aussage hin, werde nicht ohne die sorgsamste Prüfung der Wahrhaftigkeit der betreffenden Zeugnisse, nicht ohne die erheblichsten Untersuchungsmomente für diese Zeugnisse erfolgen, während er auf der andern Seite sich der Annahme hingeben konnte, bei beschworenen Zeugnissen werde schon der vorliegende Zeugeneid allein in regelmäßigen Fällen genügen, um das Ausgesagte für wahr zu halten.

Ueberdies kommt noch der Grund in Betracht, daß es der Gesetzgeber für allzu gewagt erachten mochte, einem jeden etwaigen Widerrufe einer Zeugenaussage oder der Bestreitung einer solchen durch andere Zeugen die Wirkungen der Wiederaufnahme des Verfahrens beizulegen, soferne nicht durch eine die Verurtheilung wegen falschen Zeugnisses in Aussicht stellende Gestaltung der Sache volle Garantie für die Unwahrheit der widerrufenen oder bestrittenen Aussage und andererseits für die Wahrheit des Widerrufes oder der das erste Zeugniß bestreitenden weiteren Zeugenaussagen gegeben ist.

Roßhirt.

77.

1) Des Schenknehmers Eigenthum ist zwar durch die Resolutivbedingung beschränkt, daß durch die Schenkung der Pflichttheil nicht verletzt sei, aber demungeachtet kann er einem Dritten einen Titel gewähren, wodurch dieser vermittelst der zehnjährigen Verjährung das unbeschränkte Eigenthum erwirbt.
3) Gegen den Widerruf einer Schenkung um nachgeborener Kinder willen schützt aber ausnahmsweise auch den dritten Inhaber der geschenkten Sache nur die 30jährige Verjährung.
3) Das Recht des Pflichterben, nöthigenfalls auf den dritten Besitzer einer von dem Erblasser verschenkten Sache zu greifen, ist schon durch den Tod des Erblassers erwachsen.
4) Durch Streitverkündung wird die Verjährung nicht unterbrochen. L.R.S. 2244.

Die Töchter der Maria Egi, aus deren erster Ehe mit Virgil Weber, nämlich die Ehefrau des Joseph Kuttruff von Bachheim Anna Maria geb. Weber, des Lorenz Engesser von Seppenhofen, Katharina geb. Weber, ferner die Wittwe des Michael Vogt, Walburga geb. Weber von Seppenhofen hatten gegen ihren Stiefvater Ambros Schweikart die Minderung der ihm von ihrer Mutter im Ehevertrage gemachten Schenkung durchgesetzt. Nach oberhofgerichtlichem Urtheil vom 6. Dezember 1856 sollte ihnen $^3/_4$ des Nachlasses ihrer Mutter mit 5769 fl. 31 kr. zugeschieden werden. Wegen des Restbetrags dieser Forderung, welcher wegen Mangels an Vermögen bei ihrem Stiefvater verloren ging, griffen sie auf die ihm von ihrer gestorbenen Mutter geschenkten Liegenschaften in dritter Hand und erhoben am 3. Dezember 1859 auf den Grund des L.R.S. 930 eine Klage gegen Demeter Heizmann, Johann Oschwald, Johann Gobler, Maria Frey, Ehefrau des Xaver Engesser, Michael Reich, Joh. Blessing, Joseph Kopp jung, Matha Benitz, alle von Seppenhofen, auf Abtretung fraglicher Liegenschaften.

Sie wurden aber durch Urtheil des großh. Amtsgerichts Neustadt vom 7. Dezember 1860 mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten abgewiesen.

Durch Urtheil des großh Hofgerichts des Seekreises vom 5. April d. J. wurde das amtsgerichtliche Urtheil unter Verfällung der Kläger, Appellanten, auch in die Kosten des zweiten Rechtszugs bestätigt, und auf die hiergegen von der klagenden Partei eingeführte Oberberufung von großherzogl. Oberhofgericht am 17. Oktober 1861 zu Recht erkannt, die Urtheile der beiden vordern Instanzen seien unter Verfällung des klagenden Theils in die Kosten auch des dritten Rechtszuges zu bestätigen.

Entscheidungsgründe.

Mit Recht haben schon die Richter der vordern Instanzen die Kläger mit der angestellten Klage abgewiesen. Die Klage stützt sich auf den L.R.S. 930 und wird hier ausdrücklich als Wiederzueignungsklage (revendication) bezeichnet, wie sie sich denn auch ihrem Wesen nach als solche darstellt. Die Maria Egi war, als sie mit Ambros Schweikart zur zweiten Ehe schritt, beim

Digitized by Google

Vorhandensein von Kindern aus ihrer ersten Ehe mit Virgil Weber durch die Bestimmungen der L.R.S. 1098. 1496. 1527 in der Dispositionsgewalt über ihr Vermögen beschränkt, indem sie, zu Gunsten ihres neuen Ehemannes, beziehungsweise zum Nachtheil ihrer erstehelichen Kinder, nicht weiter darüber verfügen durfte, als eben der L.R.S. 1098 gestattet; und alle ihre Verfügungen, soweit sie dadurch diese Verfügungsgewalt überschritten hatte, waren ungültig. Da sich aber nach ihrem Tode zeigte, daß sie durch die Bestimmungen ihres Ehevertrags ihren zweiten Ehemann zum Nachtheil ihrer erstehelichen Kinder in der That mehr begünstigt hatte, als der L.R.S. 1098 gestattet, so kehrten nach der Fiction des Gesetzes alle Vermögenstheile, durch deren Hingabe sie ihre Dispositionsgewalt überschritten hatte, ohne Weiteres in ihren Nachlaß zurück, und es erloschen nicht nur ihre eigene Verfügungen über diese Vermögenstheile, sondern auch die Verfügungen des Ambros Schweikart und seiner Rechtsfolger. L.R.S. 929. 930. 952. 954.

Allein die Beklagten werden hier nur als dritte Besitzer belangt und ein Vertragsverhältniß zwischen ihnen und der Maria Egi oder den Erben der Letzteren, den jetzigen Klägern, läßt sich nicht annehmen. Die Kläger können also nur diejenigen Rechte gegen die Beklagten geltend machen, welche schon der Maria Egi zustanden, sie müssen sich auf diejenigen Rechtstitel berufen, wodurch die Maria Egi das Eigenthum an den Gütern erworben hatte, auf welche die Kläger den Beklagten, als dritten Besitzern, gegenüber greifen wollen. Nach den Bestimmungen des L.R.S. 1583 a. und des §. 25 des II. Einf.Ed. können sie diese Erwerbtitel hier nur insofern für sich anrufen, als solche in den betreffenden Grundbüchern eingetragen sind. Dies ist aber zugestandnermaaßen nicht der Fall und es fehlt daher schon ein wesentliches Erforderniß zur Begründung der vorliegenden Klage.

Der Klage steht aber auch die auf L.R.S. 2265 gegründete Einrede der zehnjährigen Verjährung entgegen. Es ist nämlich unbestritten, daß die Beklagten, beziehungsweise ihre Rechtsvorfahrer die in Frage stehenden Güter in den Jahren 1838—1842 von Ambros Schweikart in öffentlicher Steigerung erkauft haben, daß diese Käufe in den betreffenden Grundbüchern eingetragen, und Kaufbriefe darüber ausgefertigt wurden. Da aber die Maria Egi im Jahr 1845 gestorben, und die vorliegende Klage erst im Jahre 1859 angestellt worden ist, die Kläger und die Beklagten auch im nämlichen Bezirke des Obergerichts ihren Wohnsitz haben, so sind alle Erfordernisse der zehnjährigen Verjährung hier vorhanden.

Es wird klägerischer Seits unter Berufung auf die L.R.S.S. 2257. 2182. 930. 952 u. 954 zwar auszuführen gesucht, daß hier nicht die 10jährige, sondern nur die 30jährige Verjährung Platz greife. Allein wenn es auch richtig ist, daß der Schenknehmer die geschenkte Sache immer nur unter der stillschweigend vom Gesetz unterstellten Resolutivbedingung erhält, daß durch die Schenkung der Pflichttheil nicht verletzt sei, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß er dem ungeachtet einem **Dritten** einen Titel gewähren kann, wodurch dieser vermittelst der zehnjährigen Verjährung das unbeschränkte Eigenthum erwirbt. Kann ja doch selbst der Pächter, der niemals für sich verjähren kann, nach L.R.S. 2239 unter gewissen Voraussetzungen einem Dritten einen Titel gewähren, wodurch derselbe innerhalb 10 Jahren die Sache ersitzen kann. Freilich ist es dann nicht der Pächter, der das Eigenthum unmittelbar überträgt, — denn dieser kann allerdings nach L.R.S. 2182 nicht mehr Rechte übertragen, als ihm selbst zustehen — sondern es ist eben die hinzugetretene Verjährung, wodurch das Eigenthum erworben wird. Das Gleiche gilt von dem Schenknehmer. Er hat allerdings nur ein beschränktes oder bedingtes Eigenthumsrecht und kann deßhalb auch nur ein solches beschränktes Recht auf einen Dritten übertragen. Dies hindert aber nicht, daß er ihm einen Titel geben kann, mittelst welches derselbe durch Verjährung das unbeschränkte Eigenthum erwirbt. Es wäre in der That widersprechend, wenn man annehmen wollte, daß derjenige, der gar kein Recht an der Sache hat, einen solchen Titel gewähren könnte, derjenige aber nicht, dem wenigstens gewisse — wenn auch beschränkte — Rechte daran zustehen.

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmeltzle in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. **Band XXVII.** **No. 25.**

(Schluß von Art. 77.)

Die L.R.S. 930. 952. 954 handeln nicht von der Verjährung und wenn sie auch im Allgemeinen den dritten Besitzer dem Schenknehmer gleichstellen, so folgt daraus noch keineswegs, daß dies auch hinsichtlich der Verjährung der Fall sein solle.

Nur der L.R.S. 966 stellt den Geschenknehmer und den dritten Inhaber der geschenkten Sache auch hinsichtlich der Verjährung einander gleich. Er thut dies aber nur für den speciellen Fall, wo die Schenkung um nachgeborener Kinder willen, widerrufen wird, und bestimmt, daß in diesem Fall der Geschenknehmer, seine Erben, Rechtsfolger oder andere Inhaber der geschenkten Sache keine andere Verjährung entgegenhalten können, als jene aus einem ununterbrochenen Ablauf von 30 Jahren, von der Geburt des letzten Kindes des Geschenkgebers an gerechnet. Gerade der Umstand, daß der Gesetzgeber für diesen besondern Fall die gedachte Bestimmung getroffen hat, zeigt deutlich, daß er hiebei von der Ansicht ausging, daß ohne solche, nach allgemeinen Grundsätzen, etwas anderes gelten würde, und daß er für den speciellen Fall etwas Singuläres, eine Ausnahme, festsetzen wollte. Für den vorliegenden Fall muß aber hieraus gefolgert werden, daß er in Gemäßheit des L.R.S. 2264 nach L.R.S. 2265 zu beurtheilen ist.

In seinem mündlichen Vortrage hat sodann der oberappellantische Anwalt auszuführen gesucht, daß nach den Bestimmungen der L.R.S.S. 930 und 2257 die Verjährung zu Gunsten des dritten Besitzers gegen den Pflichterben erst von dem Zeitpunkte an beginne, wo sich durch Ausklagung des Geschenknehmers selbst zeige, daß von ihm keine Befriedigung zu erlangen ist. Allein wenn auch nach L.R.S. 930 die fruchtlose Ausklagung des Geschenknehmers als ein Erforderniß zur Begründung der Klage gegen den dritten Besitzer zu betrachten ist, so ist dem Pflichterben doch schon durch den Tod des Erblassers auch das Recht erwachsen, nöthigenfalls auf den dritten Besitzer zu greifen, und dieses Recht erscheint von da an nicht mehr als ein bedingtes, im Sinne des L.R.S. 2257.

Endlich wird behauptet, es sei eine Unterbrechung der Verjährung dadurch eingetreten, daß den Beklagten in dem vorausgegangenen Prozesse der Kläger mit Ambros Schweikart der Streit verkündet worden sei. Allein abgesehen von dem Beweis kann hier in einer solchen Streitverkündung nicht ein Vorgang erblickt werden, wie er nach L.R.S. 2244 zur Unterbrechung der Verjährung erforderlich ist; nur etwa eine Versetzung in bösen Glauben könnte darin gefunden werden. Nach L.R.S. 2269 ist es bei der 10jährigen Verjährung aber hinreichend, daß die Erwerbung Anfangs redlich geschah, und es werden von Seiten der Kläger durchaus keine Thatsachen vorgetragen, woraus irgend gefolgert werden könnte, daß die Beklagten zur Zeit ihres Eigenthumserwerbs nicht in gutem Glauben waren, ohnehin wird nach L.R.S. 2268 die Redlichkeit der Inhabung schon vermuthet. Stf.

78.

Was versteht der §. 562 der Pr.O. unter persönlichem Erbieten zum Eide?

In der Sache des Jos. Gleichauf von Küßnach, Klägers, gegen Fidel Meister von Fützen, Beklagten, hatte das großh. Hofgericht des Seekreises durch Urtheil vom 8. April 1859 den Ausgang des Streites von einem durch den Beklagten zu leistenden Erfüllungseid abhängig gemacht. Nachdem gedachtes Urtheil am 23. April 1859 dem Beklagten zugestellt worden war, kam unter dem 3. Mai dess. Jahres bei dem Erstinstanzgerichte, dem großh. Amtsgerichte Bonndorf, eine an diese Behörde gerichtete, vom 27. April 1859 datirte, vom Beklagten unterzeichnete Eingabe ein, in welcher gesagt war, daß Letzterer entschlossen sei, den ihm durch das hofgerichtliche Urtheil auferlegten Eid zu leisten, daß er aber, da er hochbejahrt, auch großentheils bettlägerig sei, daher nicht an den Amtsgerichtssitz reisen könne, bitten müsse, ihm den Eid in seinem Wohnorte Fützen abzunehmen.

Digitized by Google

Die Eidesleistung wurde indessen dadurch hinausgeschoben, daß Kläger gegen das hofgerichtliche Urtheil oberappellirte. Im August 1859 starb Beklagter. Unter dem 17. Januar 1860 wurde das mehrerwähnte hofgerichtliche Urtheil vom höchsten Gerichtshofe bestätigt.

Es entstand nun die Frage, ob der Eid nach §. 562 der Pr.O. für geleistet angenommen werden könne. Klägerischerseits bestritt man dies, weil in der beschriebenen Eingabe vom 27. April 1859 an und für sich schon kein persönliches Erbieten zum Eide, welches letztre ein persönliches **Erscheinen** bei Gericht voraussetze *), gefunden werden könne, und weil überdies diese Eingabe an das großh. Amtsgericht Bonndorf, nicht aber an das großh. Hofgericht des Seekreises, bei welchem, weil es auf den Eid erkannt habe, nach §. 561 d. Pr.O. derselbe abzuleisten gewesen wäre, gerichtet gewesen sei Das großh. Hofgericht des Seekreises erachtete den Eid für geleistet und bereinigte hiernach mit Erkenntniß vom 9 Juni 1860 sein Urtheil vom 8. April 1859. Auf klägerscher Seits ergriffene Berufung bestätigte der oberste Gerichtshof den hofgerichtlichen Purifikationsbescheid, indem er die Ansicht, daß der Eid für geleistet anzunehmen sei, theilte. Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe gingen von folgenden Erwägungen aus.

Der Inhalt der Eingabe vom 27. April 1859 müsse als persönliches Erbieten zum Eide betrachtet werden, das Gesetz fordere keineswegs, daß die betreffende Prozeßpartei in eigener Person bei Gericht erscheine und ihre Bereitwilligkeit zur Eidesleistung mündlich erkläre. Es wolle nur, daß diese Bereiterklärung vom Schwurpflichtigen selbst, nicht etwa blos von dessen Prozeßvertreter, ausgehe, was sich insbesondere auch daraus ergebe, daß es jene Erklärung durch einen vom Schwurpflichtigen hiezu besonders Bevollmächtigten abgeben zu lassen gestatte, dem Letzteren aber ein persönliches Auftreten vor Gericht nicht auferlege. Es würde auch das Gebot persönlichen Erscheinens zum Vortrage der fraglichen Erklärung nach Gestalt der Fälle mit dem Gebote, daß bei Collegialgerichten Parteivorträge und Gesuche schriftlich einzureichen seien (Pr.O. §. 1070), in Widerspruch gerathen. — Der Mangel, daß die das Erbieten zum Eide enthaltende Eingabe nicht an das, gemäß §. 561 der Pr.O. im vorliegenden Falle zur Eidesabnahme zuständige, großh. Hofgericht, sondern an das Erstinstanzgericht, das großh. Amtsgericht Bonndorf, gerichtet und abgegeben worden sei, ziehe nach L.R.S. 61 die rechtliche Unwirksamkeit jenes Erbietens nicht nach sich, da die Absicht der betreffenden Gesetzesvorschriften (Pr.O. §§. 561. 562) jenes Mangels unerachtet durch die fragliche — im Uebrigen gehörig beschaffene — Bereiterklärung zum Eide erreichbar gewesen sei. Ohnehin pflege ja aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit, der Uebung nach, mit Abnahme von Eiden, auf die in höheren Rechtszügen erkannt worden, das betreffende Erstinstanzgericht beauftragt zu werden. Roßhirt.

*) Die von der Person des Eidespflichtigen schriftlich abgegebene Erklärung kommt doch wohl der mündlich abgegebenen gleich! Red.

79.

Dafür, daß ein auf einem Grundstück stehendes Gebäude dem Eigenthümer des Grundstücks gehöre, beziehungsweise auf dessen neuen Erwerber übergegangen sei, spricht eine gesetzliche Vermuthung. L.R.S. 552. 553.

Die Beiladung des Rechtsvorgängers zum Zweck der Eideszuschiebung ist unzulässig, da dessen Aussagen nur als Parteibehauptung in Betracht kommen können. §. 113 der Pr.O.

Peter Winkler von Sandhofen hatte seiner Tochter Maria Magdalena ein Grundstück geschenkt, auf welchem das Handlungshaus Hirschhorn u. Söhne ein Fabrikgebäude hatte errichten lassen. Friedrich Herbel von Schaarhof erwirkte gegen Peter Winkler Vollstreckung für eine Forderung auf dieses Gebäude, wogegen der Ehemann der M. M. Winkler, Jakob Arz von Sandhofen für sich und Namens seiner Ehefrau Einsprache erhob

Das hierauf erlassene Urtheil des großh. Amtsgerichts Ladenburg vom 3. Januar d. J., No. 136, besagend:

„Würde der Einspruchskläger einen Eid dahin ablegen:

„„Es ist nicht wahr, daß zwischen mir und Peter Winkler nach Abfassung der Urkunde vom 13 November 1857 eine Verabredung dahin getroffen worden ist, daß die Cigarrenfabrik, nemlich das Gebäude, Eigenthum des Peter Winkler bleiben soll;““

Digitized by Google

so wird unter Verfällung des Einsprachsbeklagten in die Kosten erkannt, daß die Vollstreckungsverfügung vom 17. September v. J. bezüglich des Gebäudes der Cigarrenfabrik aufzuheben sei.

Würde der Einsprachskläger den Eid verweigern, so wird derselbe unter Verfällung in die Kosten mit der erhobenen Einsprache abgewiesen;"

wurde durch Urtheil des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 8. April 1861 und dieses auf die vom Einsprachsbeklagten hiergegen eingeführte Oberappellation von großh. Oberhofgerichte am 17. Oktober 1861 auch bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Die erhobene Einsprache gegen den zu Gunsten des Einsprachsbeklagten richterlich erkannten Zugriff auf ein Fabrikgebäude gründet sich auf den — von Letzterem ausdrücklich zugegebenen — Thatumstand, daß jenes Gebäude sich auf dem Grund und Boden befinde, welcher der Ehefrau des Einsprachsklägers von ihrem Vater, dem Schuldner Winkler, geschenkt worden war, und damit, in Verbindung mit den angerufenen Gesetzesstellen — L.R.S. 552 ff. 544 a — erscheint die Einsprache nicht nur thatsächlich und rechtlich begründet, sondern auch erwiesen.

Der angerufene Satz 552 ist ein für sich bestehender allgemeiner Rechtsgrundsatz über die Natur und Wirkungen des Eigenthums, aus welcher die folgenden Bestimmungen über das Zuwachsrecht nur gezogene Schlußfolgerungen sind. Aus der Bestimmung jenes Satzes und „daß das Eigenthum an Grund und Boden Alles umfasse, was ober und unter der Oberfläche ist" und aus dem Ausspruche des Satzes 553 „daß von allen Gebäuden, die sich auf dem Boden befinden, zu vermuthen sei, daß sie dem Grund-Eigenthümer gehören" — ergibt sich auch hier für den Einsprachskläger eine gesetzliche Vermuthung auch bezüglich des Eigenthums an dem in Frage stehenden Gebäude, welche ihn gemäß L.R.S. 1351 jedes weiteren Beweises in dieser Beziehung enthebt, und ihn gegen jeden Angriff sicher stellt, so lange nicht etwa ein Dritter den Eigenthumserwerb an jenem Gebäude gegen den Einsprachskläger besonders darzuthun vermag.

Der Einsprachsbeklagte macht nun zwar auf Grund der Thatsache, daß die Schenkungsurkunde des Fabrikgebäudes keine besondere Erwähnung mache, und bis dahin Winkler Eigenthümer desselben gewesen sei, eine zu Gunsten Winklers sprechende Rechtsvermuthung für den Fortbestand seines Eigenthums geltend. Allein diesem Vorbringen stehen nicht nur die Bestimmungen der L.R.S. 1341. 1353, sondern — auch abgesehen hievon — jene der erwähnten S. 552 ff entgegen, nach welch letzteren mit dem Augenblicke des Eigenthumsübergangs an Grund Boden auf die kläger'sche Ehefrau jedenfalls die gedachte Rechtsvermuthung erlosch, und eine gesetzliche Vermuthung des Eigenthums zu Gunsten des neuen Erwerbers an die Stelle trat, wogegen nur ein ausdrücklicher Vorbehalt des Eigenthums am Gebäude zu schützen vermocht hätte.

Der Einsprachsbeklagte behauptete nun weiter, „daß das Handlungshaus Hirschhorn und Söhne das Fabrikgebäude habe erbauen lassen, und erst nach der Schenkung Winkler sodann dasselbe erkauft habe, sowie daß Einsprachskläger das Eigenthum Beider anerkannt habe, und einverstanden gewesen sei," daß Winkler das Eigenthum daran behalte.

Allein daraus, daß Hirschhorn die Baulichkeiten herstellen ließ, folgt noch nicht auch das Eigenthum derselben hieran, und daß Hirschhorn bei der Erbauung sich das superficiarische Recht am Gebäude vorbehalten habe, ist nirgends behauptet worden, — und nur wenn letzteres der Fall wäre, könnte auch die behauptete Anerkennung des Eigenthums der Hirschhorn von Seiten des Einsprachsklägers von Erheblichkeit sein. So, wie die Sache liegt, sprach vor der Schenkung eine gesetzliche Eigenthumsvermuthung nur für Winkler, die mit der Schenkung aber auf dessen Tochter, die Ehefrau des Einsprachsklägers, überging.

Soweit nun aber jenes Vorbringen des Einsprachsbeklagten von Erheblichkeit ist, — soweit es sich nämlich auf einen Eigenthumsvorbehalt des Winkler bezieht, — wurde diese Thatsache von den vordern Richtern auf den Eid gegeben und es kann sich hierdurch der Oberappellant in keiner Weise für beschwert erachten, da die Eidesauflage seiner Behauptung und der erfolgten Eideszuschiebung entspricht.

Nach dem bisher Gesagten zerfallen die in dieser Instanz entwickelten Beschwerden des Oberappellanten, und die dahin erhobene Beschwerde: „daß die Beiladung des Peter Winkler verworfen worden," erscheint schon deßhalb verwerflich, weil der Oberappellant nur die Rechte eben dieses Winkler geltend macht, dessen Aussagen somit nicht als Beweismittel, sondern nur als Parteibehauptung in Betracht kommen könnten, sonach seine Beiladung als unstatthaft erscheint. Stf.

Digitized by Google

80.

Ueber die Vollendung der Unzuchtsvergehen nach §. 372 des Strafgesetzbuchs. *)

Die Unzuchtsvergehen bilden leider einen stehenden Artikel der schwurgerichtlichen Tagesordnungen und sollen nach der Absicht des Gesetzgebers, die gewiß vollkommen zu billigen ist, einer strengen Strafe unterliegen. So klar auch der Wille des Gesetzgebers aus den Strafbestimmungen des Strafgesetzbuchs sich entnehmen läßt, so ist doch die schwurgerichtliche Praxis zu einer Gesetzesauslegung gekommen, welche dem Geiste des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers geradezu entgegenläuft. Sie nimmt nämlich — man wird wohl behaupten können, in der Regel — nur das Vorhandensein eines Versuchs an, wo der Gesetzgeber ein vollendetes Verbrechen angenommen wissen will. Veranlassung hiezu gab ihr und gibt ihr der §. 372 des Str.G.B., welcher offenbar gerade das Gegentheil bezweckt, in Verbindung mit Aussprüchen der Gerichtsärzte, denen es allerdings nicht zum Vorwurfe gereicht, wenn sie nicht einsehen, was der §. 372 des Str.G.B. sagen wolle, denn vom ärztlichen Standpunkte aus läßt sich nicht enträthseln, was der Gesetzgeber mit dem Ausspruche verordne, es müsse eine Vereinigung der Geschlechtstheile stattgefunden haben, wenn ein vollendetes Unzuchtsvergehen angenommen werden wolle.

Die großh. Sanitätskommission ist kürzlich, durch die sonderbare Fassung des §. 372 des Str.G.B. verleitet, in der Untersuchungssache gegen B. von K. wegen Nothzucht, dahin gelangt, auszusprechen, daß Vereinigung der Geschlechtstheile gleichbedeutend mit vollzogenem Beischlafe sei, daß also eine Vereinigung des membrum virile mit den äußern weiblichen Geschlechtstheilen nicht als eine Vereinigung der Geschlechtstheile im Sinne des §. 372 des Str.G.B. betrachtet werden könne.

Es ist kein Wunder, wenn ein Nichtjurist jenen §. so auslegt: eine bloße Vereinigung der Geschlechtstheile ist noch kein Beischlaf, da aber zu einem vollendeten Unzuchtsvergehen ein gesetzwidriger Beischlaf gehört, so kann so lange nicht ein vollendetes Unzuchtsvergehen angenommen werden, als nicht ein förmlicher Beischlaf stattgefunden hat.

Vom juristischen Standpunkt aus steht dieser Auslegung freilich Alles entgegen.

Wäre die Auslegung der großh. Sanitätscommission richtig, so wäre der §. 372 des Str.G.B. ganz überflüssig, denn er sagte dann das Nämliche, was die §§. 335. 336. 337. 339. u ff. des Str.G.B. bereits enthalten, daß nämlich zum Thatbestande eines Fleischesverbrechens der in den angeführten §§. erwähnten Art ein Beischlaf gehöre.

Der Gesetzgeber hat aber einen sehr guten Grund zur Aufnahme des §. 372 cit. gehabt und es ist derselbe nichts weniger, als überflüssig.

Der Sinn dieser Gesetzesstelle ist nämlich der: Vergehen, zu deren Thatbestand ein gesetzwidriger Beischlaf gehört, d. h. welche zu ihrem Thatbestande die Absicht des Thäters, einen Beischlaf zu vollziehen, erfordern, gelten für vollendet, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß eine Vereinigung der Geschlechtstheile stattgefunden hat; andernfalls kann auch ein Versuch angenommen werden, wenn die Voraussetzung des §. 106 des Str.G.B. vorhanden ist; ist dieses nicht der Fall, so liegt ein blos vorbereitetes Verbrechen vor.

Der Ausdruck des Gesetzes „Vergehen, zu deren Thatbestand ein gesetzwidriger Beischlaf gehört" kann zu der Ansicht verleiten, als sei ein vollzogener Beischlaf zum Thatbestande jener Vergehen erforderlich; dieses ist aber keineswegs der Fall, der Thatbestand jener Vergehen ist vielmehr schon dann vorhanden, wenn die Absicht des Thäters auf Vollziehung eines Beischlafs gerichtet war und derselbe bereits solche Handlungen vorgenommen hat, welche unzweideutig seinen verbrecherischen Willen kundgeben; ist der Thäter bis zu einer Vereinigung der Geschlechtstheile vorgeschritten, so liegt ein vollendetes Verbrechen, andernfalls ein blos versuchtes oder nur ein vorbereitetes vor.

Die Carolina setzt in dem Artikel 119 auf das Verbrechen der Nothzucht an einer unverläumdeten Ehefrau, Wittwe oder Jungfrau im Falle der Vollendung die Todesstrafe, im Falle eines Versuchs aber eine arbiträre Strafe, über welche „die Richter und Urtheiler bei den Rechtverständigen Raths gebrauchen sollen."

Manche der ältern Rechtslehrern und Praktiker sahen in der Nothzucht — entgegen der Auffassung der Carolina, welche den Schwerpunkt auf das Nehmen der jungfräulichen oder fräulichen Ehre legt — nur ein Fleischesverbrechen, bei welcher Ansicht man die Strafandrohung der Carolina

*) S. Annalen XX. (1853.) No. 39. III. S. 309—312. Red.

Digitized by Google

— Todesstrafe — um so härter finden mußte. Man sann deßhalb auf rechtliche Nothbehelfe, um die gesetzlich vorgeschriebene Todesstrafe umgehen zu können. Von dem Gesichtspunkte des Fleischesverbrechens ausgehend, verlangte man zum Thatbestande der Nothzucht einen vollendeten Beischlaf, mithin nicht blos emissio, sondern auch immissio seminis und diese Ansicht wird noch von einem unserer ausgezeichnetsten Criminalisten, von Feuerbach, in seinem Lehrbuche des Criminalrechts §. 268 vertheidigt.

Mit Recht bemerkt dagegen Grolmann in seinen Grundsätzen der Criminalrechtswissenschaft §. 239:

„Die schmutzigen Untersuchungen, welche nothwendig sein würden, wenn man dasjenige, was zur naturgemäßen Vollendung des Beischlafs gehört, auch als Bedingung für die Vollendung der Nothzucht betrachten wollte, sind vollkommen überflüssig, wenn man bedenkt, daß die P.G.O. ganz den richtigen legislativen Ansichten folgend, nur in dem Verluste des Rufes der Reinheit diejenige Verletzung der Rechte des Weibes erkenne, um welcher willen sie die Nothzucht mit so schwerer Strafe verpönt."

Was von der Nothzucht gilt, findet auch auf die übrigen, oben bezeichneten Fleischesverbrechen Anwendung.

Schon unser Strafedikt vom Jahre 1803 verfügte, „daß alle fleischliche Verbrechen in Beziehung auf die Strafe für vollbracht anzusehen seien, sobald eine körperliche Vereinigung erfolgt sei, ohne daß es dabei auf die unkluge und sittenverderbliche Untersuchung über die weitern physischen Aeußerungen und Folgen der Vereinigung ankomme, welcher wir nirgendwo mehr Raum lassen." §. 56.

Auch das Strafedikt nimmt in dem §. 59 die Verletzung der fräulichen oder jungfräulichen Ehre als das strafbarste Moment bei dem Verbrechen der Nothzucht an.

Das neue Strafgesetzbuch ist in seinen Bestimmungen über die Fleischesverbrechen (Titel XXI. bis XXV.) diesen Grundsätzen gefolgt, welche auch von der Wissenschaft gebilligt werden,

Mittermaier in seinen Noten zu Feuerbachs Lesebuch zu den §§. 263 und 268,

und von den neuern Gesetzgebungen angenommen worden sind.

Hierin liegt unzweifelhaft ein großer Fortschritt, dessen man aber verlustig zu gehen fürchten muß, wenn die angegriffene schwurgerichtliche Praxis von Bestand sein sollte.

Die mitgetheilte Ansicht der großh. Sanitätscommission würde uns auf einen Standpunkt zurückführen, von welchem aus jene schmutzigen Erhebungen über emissio und immissio seminis nicht zu umgehen wären.

Unter der gesetzlichen Bezeichnung „Vereinigung der Geschlechtstheile" muß hiernach nach den Worten und dem Geiste des Gesetzes etwas Anderes, wie vollzogener Beischlaf, verstanden werden.

In den germanischen Staaten wurde von jeher die Nothzucht zu den schwersten Verbrechen gezählt, und mit den härtesten Strafen belegt. Die Carolina will den Thäter einem Räuber gleich mit dem Tode bestraft wissen.

Die Hauptrücksicht der Gesetzgebung hiebei war die, daß die Nothzucht, gegen ein unbescholtenes Weib begangen, die sittliche Existenz eines Wesens vernichtet, dessen ganzes Dasein nur auf Sittlichkeit ruht, wie Henke sagt. *)

Unser Strafgesetzbuch geht von der nämlichen Anschauung aus; es belegt das Verbrechen der Nothzucht gleich dem des Raubs mit Zuchthaus bis zu 8 Jahren §. 335 No. V. und §. 412 No. V. und es sprechen sich die Motive zu dem Strafgesetzbuche dahin aus, daß bei der Nothzucht der Moment der Geschlechtsehre, der Angriff auf die moralische Integrität der Genöthigten, bei Bestimmung der objectiven Strafbarkeit der That als ebenso schweres, oder nach Umständen als noch schwereres Moment, wie die verübte Gewaltthätigkeit an und für sich, wie der in der Gewaltthat enthaltene Angriff auf die physische Persönlichkeit in Betracht komme.

Dem Verbrechen der Nothzucht stellt es gleich das Verbrechen — der Unzucht mit einer Frauensperson, welche der Verbrecher zu diesem Ende durch arglistig beigebrachte Mittel außer Stand gesetzt hat, seinen Lüsten zu widerstehen, weil sich dasselbe von der eigentlichen Nothzucht nur durch das Mittel unterscheidet, dessen sich der Verbrecher zur Erreichung des verbrecherischen Endzwecks bedient, — und das Verbrechen der Schändung noch nicht mannbarer Mädchen unter 14 Jahren, aus dem Grunde der sich durch die That kundgebenden besondern Schändlichkeit der Willensstimmung des Verbrechers, und der besonders großen Gefährlichkeit der Mißhandlung für ein solches Kind, dessen ganzes Lebensglück durch die Folgen der That zerstört werden kann.

*) Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik Bd. II. §. 119. D. E.

Digitized by Google

Die gemeinrechtliche Praxis ging und geht noch von denselben Grundsätzen aus. *)

Bemißt hiernach der Gesetzgeber die Strafbarkeit der Nothzucht an sich (ohne Concurrenz mit andern Verbrechen §. 335. No. I. II. III. und IV.) nach dem Grade der Verletzung der weiblichen Ehre, so ist leicht einzusehen, daß ihm darauf nichts ankommen kann, ob ein förmlicher Beischlaf, eine emissio oder eine imissio seminis stattgefunden habe oder nicht, sondern nur die Frage muß entscheidend sein, ob eine Verletzung der weiblichen Ehre durch den Nothzüchtiger und in welchem Grade eine solche stattgefunden habe.

Eine solche Verletzung in hohem Grade ist nach dem Gesetze dann anzunehmen, wenn eine Vereinigung der Geschlechtstheile stattgefunden hat, d. h. wenn das weibliche Schaamgefühl durch rohe thierische Gewalt mittelst Einbringung des penis in die weiblichen Geschlechtstheile verletzt wurde. Wieweit ein solches Eindringen stattgefunden habe, muß für ganz gleichgültig erachtet werden, da ein Eindringen in die äußern weiblichen Geschlechtstheile das weibliche Schaamgefühl nicht minder verletzt, wie wenn es zum Theil oder vollständig in die Scheide stattgefunden hat.

Sobald also ein Eindringen in die weiblichen Geschlechtstheile, sei es in die äußern, sei es in die innern, angenommen werden kann, liegt ein vollendetes Verbrechen vor; kam es nicht so weit, so kann nur ein Versuch angenommen werden, z. B. bei bloßer unzüchtiger Betastung der weiblichen Geschlechtstheile, wenn dabei die Absicht des Beischlafs vorherrschte.

Dieses sollten die Gerichtsärzte in ihren Gutachten mehr in das Auge fassen, und es möchte zweckmäßig sein, eine Erläuterung in diesem Sinne von Seite der Regierung zu veröffentlichen oder den §. 372 des Str.G.B. bestimmter zu fassen, da doch wohl eine Vorlage wegen einiger Abänderungen in den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs an die Kammern erfolgen dürfte.

Bei der Schändung von Kindern zeigt es sich am klarsten, daß zur Vollendung dieses Verbrechens kein tieferes Eindringen in die weiblichen Geschlechtstheile und noch vielweniger ein vollzogener Beischlaf gefordert wird. Denn man wird wohl annehmen können, daß bei Kindern unter und bis zu 7 Jahren bei normaler Beschaffenheit der beiderseitigen Geschlechtstheile ein Einbringen des penis in die Scheide physisch kaum möglich sei. Bedeutende Verletzungen, Entzündung, Anschwellung und dergleichen, verbunden mit heftigem nachhaltigem Schmerze, müßten die Folgen hievon sein.

Der Wüstling, welcher ein Kind auf solche Weise mißbrauchte, würde aber auch selbst nicht ohne bedeutende Schmerzen und sonstige Unannehmlichkeiten zu seinem Ziele gelangen, weßhalb wir in der Regel finden, daß ein tieferes Eindringen in die Geschlechtstheile nicht stattgehabt hat; die Schänder weichen den Schwierigkeiten, die ihnen die Natur entgegensetzt; sie gelangen selten weiter, als zum Eingange in die Scheide.

So war es auch in dem oben erwähnten, von der großh. Sanitätscommission begutachteten Straffalle. Gegenstand des Verbrechens waren dort zwei Mädchen von nicht ganz sieben und beziehungsweise nicht ganz sechs Jahren.

Die gerichtsärztliche Untersuchung constatirte bei beiden Zerreißung des Hymens, trichterförmige Erweiterung des Scheideeingangs und bei dem einen noch Anschwellung der äußern Schaamlippen, also unzweifelhaft eine Vereinigung der Geschlechtstheile des Thäters mit denen der mißbrauchten Kinder und doch nahm die großh. Sanitätscommission und auf Grund ihres Ausspruchs die Staatsbehörde und der Schwurgerichtshof an, daß eine Vereinigung der Geschlechtstheile nicht stattgefunden habe, weil die Beschaffenheit der Geschlechtstheile der fraglichen Mädchen die Annahme eines vollzogenen Beischlafs ausschließe.

Daß diese Ansicht irrig sei, und daß in dem eben besprochenen Falle ein vollendetes Verbrechen vorlag, dürfte nach dem Gesagten, nach den Worten und dem Geiste des Gesetzes wohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen.

Fr. Schenk.

*) Henke a. a. O. §. 118.

31.

Wenn das Gericht des früheren Wohnsitzes des Beklagten, nachdem es Ladung auf eine Klage erkannt hat, gelegenheitlich der Zustellung der Ladung an den jetzt im Auslande wohnenden Beklagten darauf aufmerksam gemacht wird, daß dieser dort Bürger ist, so kann es, ohne die

Digitized by Google

Einrede des Mangels der Gerichtsbarkeit abzuwarten, die Ladung nach Maaßgabe der §§. 50 und 283 der Pr.O. von Amtswegen zurücknehmen. cfr. fr. 2. §. 1. D. 5, 1.

Für die gerichtliche Verfolgung des in der Gant des Schuldners nicht berichtigten Rests einer Forderung gegen den wieder zu Vermögen gekommenen Schuldner dauert die Gerichtsbarkeit des Gantgerichts nicht fort. §. 903 der Pr.O.

Im Jahr 1850 wurde gegen Kaufmann Franz Joseph Lanzano in Karlsruhe, welcher wegen Betheiligung am Aufstande im Jahr 1849 landesflüchtig geworden war, Gant erkannt. In derselben meldete Kaufmann Leopold Barrier in Stuttgart eine Forderung an, mit welcher er jedoch nach dem Vertheilungsbescheide nicht vollständig befriedigt wurde.

Nachdem Lanzano in Solothurn sich niedergelassen und das Bürgerrecht erworben hatte, belangten ihn die Erben des Barrier, durch den Erbpfleger G. Gutbrod in Stuttgart vertreten, bei dem Stadtamtsgericht Karlsruhe auf Zahlung des Forderungsrests und erwirkten Beschlag auf eine Forderung desselben an Kaufmann Lützelberger in Heilbronn. Das Stadtamtsgericht Karlsruhe erkannte Ladung, gegen welche der Beklagte, als sie ihm in Solothurn behändigt werden sollte, protestirte.

Auf sein Ausbleiben in der Tagfahrt wurde am 24. Oktober 1860 von großh. Stadtamtsgericht Karlsruhe nach dem kläger'schen Antrag ein Versäumungserkenntniß dahin erlassen:

„Wird das Thatsächliche der Klage und des Arrestgesuches für zugestanden, das Vorbringen jeder Einrede für versäumt erklärt und in der Haupt- und Arrestsache erkannt:

1) der unter dem 27. Juli d. J. auf das Guthaben des Beklagten bei Kaufmann Lützelberger in Heilbronn zu Gunsten der kläger'schen Forderung von 26,074 fl. 2 kr. nebst 6 pCt. Zins vom 23. Juli 1853 angelegte Arrest wird für gerechtfertigt und fortdauernd erklärt,
2) der Beklagte ist schuldig, an die Kläger binnen 14 Tagen bei Zwangsvermeiden 26,074 fl. 2 kr. nebst 6 pCt. Zinsen vom 23. Juli 1853 zu bezahlen.
3) Hat Beklagter die Kosten zu bezahlen."

Der Beklagte appellirte, weil er jetzt als Ausländer in Baden nicht mehr gerichtspflichtig sei.

Allein durch Urtheil des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 16. Februar 1861 No. 672 I. Civ.Sen. wurde das obengenannte amtsgerichtliche Versäumungserkenntniß unter Verfällung des Beklagten, Appellanten in die Kosten der II. Instanz bestätigt.

Auf die vom Beklagten hiergegen eingeführte Oberberufung wurde jedoch von großh. Oberhofgerichte am 8. Oktober 1861 zu Recht erkannt:

Das erwähnte hofgerichte Urtheil sei dahin abzuändern:

daß das Versäumungserkenntniß des Stadtamtsgerichts Karlsruhe vom 24 Oktober 1860 No. 15,085 aufzuheben und auszusprechen sei: es finde die angestellte Klage vor demselben nicht statt. Die Kosten aller drei Instanzen habe der Kläger, Oberappellat zu tragen.

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte beschwert sich gegen das hofgerichtliche Urtheil, durch welches das Versäumungserkenntniß des Stadtamtsgerichts Karlsruhe vom 24. Oktober v. J. bestätigt worden ist. Zur Begründung seiner Beschwerde behauptet er, daß ein Versäumniß deßhalb nicht stattfinden konnte, weil er zur Zeit der Klagerhebung längst nicht mehr badischer Staatsangehöriger und daher auch nicht verbunden gewesen sei, der Ladung des unzuständigen Gerichts Folge zu leisten. Diese Beschwerde ist begründet, und es ist dadurch zugleich die Voraussetzung gegeben, unter welcher nach §. 1131 der Pr.O die ordentlichen Rechtsmittel gegen ein Versäumungserkenntniß stattfinden.

Schon nach den in der Klage selbst enthaltenen Anführungen müßte es mindestens zweifelhaft erscheinen, ob der Beklagte, welcher wegen Betheiligung am Aufstande im Jahre 1849 flüchtig geworden, auf öffentliche Vorladung nicht erschienen und verurtheilt worden ist, seitdem aber in Solothurn sich niedergelassen hat, überhaupt noch einen Wohnsitz im Lande habe und ob insbesondere die Zuständigkeit des Stadtamtsgerichts Karlsruhe in dieser Sache begründet sei. Dieser Zweifel, welcher eine Vorverfügung gerechtfertigt haben würde, wurde jedoch dadurch gelöst, daß der Beklagte, unter Berufung auf die im Jahr 1857 ihm gewährte Amnestie und das zuvor schon erlangte Bürgerrecht zu Solothurn,

Digitized by Google

gegen die Ladung vor das Stadtamtsgericht Karlsruhe protestirte, und sowohl das Amtsgericht zu Solothurn, als auch die dortige Cantonsregierung unter ausdrücklicher Anführung, daß der Beklagte Bürger der Stadt Solothurn sei, die Vorladung verweigerten. Der Beklagte hat daher nach Satz 17 des Landrechts aufgehört, Inländer zu sein. Es handelt sich mithin um eine Klage, welche ein Ausländer gegen einen Ausländer erhoben, wobei jener überdies ein im Auslande stehendes Guthaben des Beklagten als Vollstreckungsmittel in Anspruch genommen hat. Die Zuständigkeit des Stadtamtsgerichts Carlsruhe, welches als Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten angegangen wurde, ist daher in keiner Weise begründet und der Beklagte konnte erwarten, daß, auch ohne förmlichen Vortrag der Einrede der Incompetenz das Gericht solche nach Maasgabe der §§. 50 und 283 der Pr.O. von Amtswegen nachträglich aussprechen werde.

Der Kläger versucht ferner die Zuständigkeit unter Bezugnahme auf die §§. 40 und 284 No. 5 der Pr.O. auch dadurch zu begründen, daß seine Klage mit dem im Jahr 1850 von dem Stadtamtsgerichte Carlsruhe gegen den Beklagten eröffneten Gantverfahren zusammenhänge und gewissermaaßen eine Fortsetzung desselben bilde. Dieser Grund wird jedoch durch die Hinweisung auf die §§. 800 und 900 der Pr.O. widerlegt, indem die Gant mit der Verkündung des Vertheilungsbescheids als beendigt gilt. Die Klage verfolgt zwar eine in der Gant theilweise in Verlust gerathene Forderung auf den Grund eingetretener besserer Vermögensumstände des Beklagten. Allein gerade der Wortlaut des § 903 der Pr.O., welcher dem unvollständig befriedigten Gläubiger seine Ansprüche vorbehält, zeigt deutlich, daß solche aufs Neue, d. h. im gewöhnlichen Rechtswege geltend zu machen sind.

Aus diesen Gründen war das hofgerichtliche Urtheil, wie geschehen, abzuändern und der Kläger, Oberappellat nach §. 168 der Pr.O. in die Kosten aller drei Rechtszüge zu verfällen. Stf.

82.

Begründung der Klage auf Ausfolgung eines im Ausland anerfallenen Erbes.

Die Frage, ob demjenigen, welcher einen Antheil an einer im Ausland anerfallenen und bereits getheilten Erbschaft von einem Inländer, z. B. als Erbschaftskäufer, gerichtlich fordert, die geltend gemachten Ansprüche an die Hinterlassenschaft auch wirklich zustehen, ist nach den Gesetzen des Landes, wo die Erbschaft angefallen, zu beurtheilen. Diese Gesetze des Auslands hat der inländische Richter nicht zu kennen. Deßhalb gehört es zur Begründung der Klage, daß die einschlägigen Gesetze des betreffenden ausländischen Staats angeführt, und daß thatsächlich genau nachgewiesen werde, daß alle Erfordernisse, welche nach jenen Gesetzen das Erbrecht des Klägers bedingen, erfüllt sind.

Urtheil des großherzoglichen Oberhofgerichts in Mannheim vom 13. Juni 1861 In Sachen der Gantmasse des Joseph Leicher in Heidelberg gegen Karl Loos von da. Stf.

Bekanntmachung.

Da andere juristische Zeitschriften gegenwärtig in unserem Lande nicht erscheinen, so genügt der beschränkte Umfang der Annalen nicht mehr, welche nun auch der Ausschuß der Anwälte zur Besprechung anwaltschaftlicher Angelegenheiten benützen wird.

Die Annalen werden deßhalb vom 1. Januar 1862 an in 40 Bogen jährlich, zu dem Preise von 5 fl. ausgegeben.

Bestellungen für das nächste Halbjahr wollen gefälligst bei den großh. Postämtern oder in den Buchhandlungen gemacht werden.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1861. **Band XXVII.** **No. 26.**

83.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Besteht für Klagen auf Pfandstrich nur der Gerichtsstand der belegenen Sache?

L.R.S. 2159 und Pr.O. §§. 7. 36.

Werkmeister Blum in Thiengen hatte bei dem Stadtamtsgerichte Freiburg eine Klage auf den Strich eines im Bezirk des Amtsgerichts Waldshut zur Sicherung eines fiscalischen Anspruchs geschehenen Pfandeintrags gegen den großh. Fiscus erhoben. Zur Begründung des Gerichtsstandes des Stadtamtsgerichts Freiburg war in der Klage ausgeführt, der Beklagte habe bei diesem Gerichte für alle persönlichen und dinglichen Klagen ein privilegirtes forum, deßhalb komme der L.R.S. 2159 nicht in Anwendung. Der Unterrichter wies die Klage sofort als bei ihm nicht stattfindend ab, gestützt auf L.R.S. 2159, indem er ausführte, nach diesem Gesetz müssen alle Klagen auf Pfandstrich bei demjenigen Gerichte angestellt werden, in dessen Bezirk die Eintragung des Unterpfandes geschehen sei. Diese Bestimmung des Landrechts sei auch nicht durch die spätere Prozeßordnung aufgehoben. Denn nach bekannten Rechtsgrundsätzen und ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung gemäß — L.R.S. 6.c — könne ein späteres allgemeines Gesetz ein früheres nicht aufheben, das für einzelne Gattungen rechtlicher Handlungen von der nemlichen Staatsgewalt gegeben worden — so aber verhalte sich der §. 36. Ziff. 2 der Pr.O zu L.R.S. 2159. Es könne auch eine Absicht, die in L.R.S 2159 ausgesprochene Ausschließlichkeit des fraglichen Gerichtsstandes aufzuheben (L.R.S. 6.c), aus §. 36 der Pr.O. nicht mit Nothwendigkeit gefolgert werden.

Auf Appellation des Klägers hob jedoch der Oberrichter die nach jener Ansicht ergangene Verfügung auf, indem in den Gründen ausgeführt wurde:

Die Beschwerde des Appellanten gegen die unterrichterliche Verfügung, durch welche die Klage als hier nicht stattfindend, abgewiesen wurde, stellt sich als begründet dar.

Werkmeister Blum in Thiengen, welcher als Unternehmer des Baues zweier öffentlicher Gebäude in Waldshut dem großh Fiskus als Besteller derselben eine Caution von 14,000 fl. hatte stellen müssen, an der für ihn Joh. Jehle in Hochsal 8000 fl. in der Art beigebracht hatte, daß er dem großh. Fiskus bis zu diesem Betrage Unterpfandsrecht auf seine in Hochsal (Amtsgericht Waldshut) gelegenen Liegenschaften einräumte, verlangt nämlich in jener Klage auf den Grund der behaupteten Thatsache, daß er seinen aus jenem Vertrage entsprungenen Verbindlichkeiten vollständig nachgekommen sei, daß der großh. Fiskus die so gestellte Caution des Johann Jehle zurückgebe, indem er den Strich des betreffenden Pfandeintrags bewirke.

Das Untergericht hat auf diese Klage aus dem Grunde die Ladung versagt, weil dieselbe, als auf Ausstreichung von Unterpfandsrechten gerichtet, nach L.R.S. 2159 nur bei dem Gericht erhoben werden könne, in dessen Bezirk die Eintragung des Pfandrechts geschehen sei.

Wenn nun auch die Ansicht des Appellanten, daß der großh. Fiskus vermöge eines privilegirten Gerichtsstandes bei dem Stadtamtsgerichte Freiburg belangt werden könne, unbegründet ist, da der §. 9 der Pr.O. dem großh. Fiskus bei dem Untergerichte der Residenz und bei denjenigen Untergerichten, in deren Bezirk die Hofgerichte ihren Sitz haben, den allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes nur in der nämlichen Bedeutung anweist, wie ihn jedes andere Rechtssubjekt bei dem Untergerichte seines Wohnsitzes hat, und wenn auch eine Klage auf Pfandstrich nach dem Landrecht im Allgemeinen vor dem Gericht anhängig gemacht werden soll, in dessen Bezirk der Pfandeintrag stattfand, so folgt daraus noch nicht, daß die vorliegende Klage nicht dennoch auch bei einem jener allgemeinen Gerichtsstände des Fiskus erhoben werden könne.

L.R.S. 2159 enthält nämlich nur eine Anwendung des in dem Landrechte, wie in dem französischen Prozeßrechte geltenden allgemeinen Grundsatzes: daß alle dinglichen Klagen vor dem Gerichte der gelegenen Sache anzustellen seien.

L.R.S. 2174. 822. 2156.

Brauer, Erläuterungen Bd. V. Seite 405.

Digitized by Google

Unsere bürgerliche Prozeßordnung als späteres Gesetz hat nun unter die besonderen Gerichtsstände den der gelegenen Sache gleichfalls aufgenommenen, läßt aber diesen Gerichtsstand in §. 36 Abs. 2 der Pr.O. mit dem allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes unbeschränkt concurriren und hebt also durch die Aufstellung dieses, jenen landrechtlichen Bestimmungen entgegengesetzten, Grundsatzes der Concurrenz die in letzterem ausgesprochene Beschränkung derselben auf. Seine desfallsige Vorschrift ist als diejenige des späteren Gesetzes maaßgebend.

Stabel, Vorträge über das franz. und badische Civilrecht, S. 102. 106.

Der Anwendung des L.R.S. 2159 steht ferner entgegen, daß die erhobene Klage nach ihrer thatsächlichen Begründung auf Erfüllung der aus dem vorliegenden Vertragsverhältnisse entspringenden persönlichen Verbindlichkeit des Beklagten auf Zurückgabe der Caution beruht, nachdem Kläger seinerseits die durch den eingegangenen Vertrag übernommene Verbindlichkeit vollständig erfüllt hat, und mithin eine persönliche Klage ist, während selbst bei nicht rein dinglichen, den gemischten, Klagen der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten neben demjenigen der belegenen Sache nach der Wahl des Klägers stattfindet.

Troplong des privilèges et hypothèques No.732 i. f.

Endlich aber hat das Gesetz im L.R.S. 2159 den Gerichtsstand der belegenen Sache keineswegs als einen gebotenen, ausschließlichen Gerichtsstand vorgeschrieben. Im Allgemeinen hat in dem französischen Prozeßrecht zwar dieser Gerichtsstand die auch in dem älteren deutschen Rechte bestandene Eigenschaft der Ausschließlichkeit erhalten

Heffter, Civilprozeß §. 157. Art. 64,

Code de procédure art. 59,

und mit dieser Eigenthümlichkeit war er auch in dem Entwurfe des L.R.S. 2159 vorgeschlagen. Allein bei den Berathungen des Staatsraths erhielt das Gesetz die nun als Satz 2 enthaltene Aenderung, daß dieser Gerichtsstand durch entgegenstehende Uebereinkunft beider Theile beseitigt werden könne und da dort keine Uebereinkunft, die schon vor Erhebung der Klage zu Stande gekommen sein müsse, verlangt wird, so kommt auch hier der Gerichtsstand der Uebereinkunft nach §. 31 ff. der Pr.O zur Anwendung

Boileux commentaire zu 2159.

Recueil complet des Discours zu Art 2159.

Es lag somit nicht in der Befugniß des Unterrichters die Annahme des Rechtsstreits ohne weiteres zu verweigern, er hätte vielmehr abwarten sollen, ob der Beklagte in die Prorogation stillschweigend oder ausdrücklich einwilligen, oder ob er der Klage die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts entgegensetzen werde. §. 31. 32 der Pr.O.

Hiernach konnte vorliegende Klage überall da erhoben werden, wo der beklagte Fiskus einen allgemeinen Gerichtsstand besitzt, also nach §. 9 der Pr.O. auch vor dem Stadtamtsgerichte Freiburg.

Aus diesen Gründen nach Ansicht des §. 1177 der Pr.O. und bezüglich der Kosten nach §. 173 wurde, wie geschehen, erkannt. — r.

84.

Eine unbestimmt bewilligte Zahlungsfrist ist nach richterlichem Ermessen festzusetzen. Vrgl. L.R.S. 1900. 1901.

Christine Rütschle in Prinzbach überließ ihren Antheil an einem gemeinschaftlichen Hause mit zwei Gärten der Miteigenthümerin Johanna Rütschle in Säckingen, welche die Pfandschulden mit übernahm, um die Abfindungssumme von 600 fl. In §. 2 des hierüber am 22. August 1859 abgeschlossenen Vertrags versprach die Uebernehmerin baare Zahlung durch Anweisung an den einstigen Käufer. Nach einem Vierteljahre klagte Christine Rütschle gegen Johanna Rütschle auf Zahlung jenes Kaufpreises; die Beklagte wendete aber ein, die Forderung sei noch nicht verfallen, weil sie noch keinen Käufer für jene Liegenschaften gefunden habe.

Das Hofgericht des Oberrheinkreises gab dieser Einrede statt, indem es das Urtheil des großh. Amtsgerichts Säckingen vom 16. Dezember 1859, No. 8946, besagend:

„die Beklagte sei schuldig, die eingeklagten 600 fl nebst 5 pCt. Verzugszinsen hieraus vom 26. November d. J. als dem Tage der Zustellung des bedingten Zahlbefehls — an, binnen 4 Wochen bei Zwangsvermeiden an die Klägerin zu bezahlen und die Kosten des Streits zu tragen,"

am 16. März 1860 unter Verfällung der Klägerin in die Kosten beider Instanzen dahin abänderte:

daß die Klägerin mit der erhobenen Klage abzuweisen sei.

Digitized by Google

Allein auf die von der Klägerin ergriffene Oberberufung wurde vom großh. Oberhofgerichte am 18. Septbr. 1860

das Urtheil des großh. Hofgerichts aufgehoben und das des großh. Amtsgerichts wieder hergestellt, unter Verfällung der Beklagten in die Kosten des zweiten und dritten Rechtszuges,

und dieses Urtheil, wie folgt — begründet:

„Durch die unter den Parteien am 22. August v. J. abgeschlossene Uebereinkunft wurden von der Klägerin die in jenem Vertrag bezeichneten Realitäten — der Beklagten zum Alleineigenthum überlassen; es geschah dies gegen eine Abfindungssumme von 600 fl., welche die Beklagte „baar durch Anweisung an den einstigen Käufer" der fraglichen Realitäten zu „bezahlen" sich verpflichtete, und es ist, da hiernach alle Merkmale eines Kaufvertrags vorliegen, außer Zweifel, daß die Uebereinkunft auch als ein solcher Vertrag zu behandeln ist, wie dies denn auch die Beklagte in ihrer Antwort auf die vorliegende, wegen Bezahlung jener Abfindungssumme erhobene, Klage selbst in unzweideutiger Weise anerkannt hat.

Die Beklagte hat gegen diese Klage nur eingewendet, daß dieselbe zu früh angestellt sei, weil der Weiterverkauf der gedachten Realitäten noch nicht stattgefunden habe.

Dieser Einwand ist jedoch offenbar unbegründet. Durch die angeführte Vertragsbestimmung wurde die, jedem Käufer gesetzlich obliegende Verpflichtung, den Kaufpreis abzutragen, weder aufgehoben noch von irgend einer Bedingung abhängig gemacht, vielmehr insofern ausdrücklich bestätigt, als die Beklagte sich verbindlich machte, die vereinbarte Summe zu bezahlen. Wenn dabei auch gesagt wurde, daß diese Zahlung durch Anweisung an den dereinstigen Käufer der fraglichen Liegenschaften zu geschehen habe, so ist durch diese Klausel — mag dieselbe, was recht wohl sein könnte, im Interesse der Verkäuferin, z. B. um zu verhüten, daß der künftige Käufer an andere Personen verwiesen wird, oder aber blos oder zugleich zum Vortheil der Käuferin beigefügt worden sein — jedenfalls nur ein Zahlungsmodus festgesetzt, keineswegs aber bestimmt worden, daß die Beklagte nur in der angegebenen Weise zur Leistung der ihr obliegenden Zahlung des Kaufschillings verbunden sein, oder daß die Verkäuferin so lange als der Weiterverkauf der Realitäten nicht erfolgt sein werde, keine Zahlung anzusprechen haben soll.

Es ist zwar eine natürliche, oder sich von selbst verstehende Folge der verabredeten Zahlungsart, daß die Beklagte nicht, wie dies sonst der Fall wäre, zur sofortigen Abtragung des Kaufpreises verbunden war, sondern diese Zahlung erst in einer spätern Zeit zu leisten hatte; — allein mehr als dieses läßt sich aus jener Bestimmung nicht ableiten, namentlich kann man nicht daraus den Schluß ziehen, daß, weil für die Leistung der Beklagten keine besondere Frist festgesetzt wurde, solche nun bis ins Unendliche, oder, was auf dasselbe herauskommt, bis es ihr beliebt, einen Käufer zu „finden," mit dem Vollzug ihrer Verpflichtung, beziehungsweise mit der Vornahme der zu einer buchstäblichen Erfüllung derselben erforderlichen Verkaufshandlung zuwarten könne. Denn es kann gerade deßhalb, weil eine solche Fristbestimmung nicht erfolgte, die Klägerin sich also durch eine ausdrückliche Fristgestattung nicht gebunden hatte, nur angenommen werden, daß dieselbe der Beklagten nur jene Frist stillschweigend bewilligt hat, welche nach der Natur der in Frage liegenden Leistung der Beklagten hiezu erforderlich war, mithin nur eine Frist, welche nach dem gewöhnlichen Gang der Dinge zur Aufsuchung eines Käufers für derartige Realitäten, zum Abschluß eines Vertrages mit demselben und Benachrichtigung, resp. Anweisung der Klägerin an diesen nöthig erscheint.

Vrgl. Zachariä, Handb. §. 303, sodann die hier einschlagenden Stellen des röm. Rechts in L. 41. §. 1. L. 73 pr. L. 137. §. 2—4. Dig. de Verb. Obl. (45. 1.) L. 2. §. 6. Dig. de eo quod certo loco (13. 4.).

Wenn aber die Beklagte hiernach zur Erfüllung des Vertrages keine größere, als die oben bemerkte, Frist beanspruchen konnte, so kann sie auch nicht geltend machen, daß die vorliegende Klage zu früh erhoben wurde, da solche inhaltlich der Akten erst nach Ausfluß eines Vierteljahrs eingereicht, der Beklagten also von der Klägerin selbst eine solche Frist gewähret wurde, welche selbst ein richterliches Ermessen nicht hätte höher bestimmen können.

Die Beklagte behauptet zwar noch, daß sie seit dem Vertragsabschluß zwei Verkaufsversuche gemacht, jedoch ein ihr entsprechendes Resultat nicht erzielt habe; allein wenn auch damit, was übrigens noch keineswegs als ausgemacht anzunehmen ist, die Unmöglichkeit, für die fraglichen Realitäten einen Käufer zu bekommen, außer Zweifel gestellt wäre, so könnte dieses die Klägerin in ihrem

Digitized by Google

wohlbegründeten und zur Zeit der Klagerhebung verfallenen Rechte auf Zahlung des Kaufpreises dennoch nicht weiter beeinträchtigen, vielmehr bliebe es immerhin noch Sache der Beklagten, falls die im Vertrag bezeichnete Zahlungsweise sich als unausführbar darstellte, in anderer Art ihre Verpflichtung zu erfüllen, und sie könnte sich diesem aus dem angeführten Grunde um so weniger entziehen, als sie nicht blos nach dem Wortlaut des Vertrags, insofern sie durch Anweisung zu bezahlen versprach, sondern auch schon nach dem Gesetze — L.R.S. 2010. g. 2010. l. — selbst dann, wenn sie es zum Verkauf der Realitäten und zur Anweisung der Klägerin an den Käufer gebracht haben würde, gleichwohl noch dafür zu haften und zu sorgen hätte, daß der Anweisungszähler die ihm aufgetragene Zahlung auch wirklich an die Klägerin leiste.

Hiernach mußte das Urtheil des großh. Hofgerichts, welches die Klägerin mit ihrer Klage abgewiesen hat, aufgehoben und das die Beklagte nach dem Klagantrag verurtheilende amtsgerichtliche Erkenntniß wieder hergestellt werden. Sif.

85.

Oberappellation in Fällen der §§. 893—895 der Pr.O. (richterliche Verfügungen über Erinnerungen gegen den Vertheilungsbescheid).

D. hatte eine bedeutende Forderung an die R.'sche Gantmasse zu machen. Nach dem Ganturtheile wurden an G., der mit D. in einer civilrechtlichen Verbindung (deren Art hier nicht von Interesse ist), stand, aus der Gantmasse Zahlungen gemacht. Bei Erlassung des Vertheilungsbescheides fragte es sich, ob diese Zahlungen dem D. auf dessen Guthaben an die Gantmasse aufzurechnen d. i. als an ihn geschehen zu erachten seien, oder nicht. Der Vertheilungsbescheid rechnete sie dem D. auf. Bei Eröffnung des Bescheides erhob D. hiegegen nach Pr.O. §. 893 Einsprache („Erinnerungen," wie diese Gesetzesstelle sich ausdrückt). Die Einsprache wurde indessen nicht, wie es der § 893 verlangt, in der Eröffnungstagfahrt vom Gantgerichte erledigt, gab vielmehr — bei dem großen Umfange des einschlägigen Materiales, der Verwickelung der Sache und der Schwierigkeit der zu beurtheilenden Fragen — zu einem längeren Verfahren Anlaß, welches ein gantrichterliches Erkenntniß zur Folge hatte, wodurch der Einsprache stattgegeben, und der Vertheilungsbescheid zu Gunsten des D. dahin abgeändert wurde, daß die betreffenden Zahlungen dem D. nicht aufzurechnen seien. Gegen dies Erkenntniß wurde von der Gantmasse die Berufung in den Formen der §§. 894. 895 der Pr.O. ergriffen. Das Obergericht bestätigte unter dem 2. April 1861. Sein Urtheil wurde am 9. dess. M. in öffentlicher Gerichtssitzung den Anwälten verkündet, am 23. dess. M. dem Einhändigungsgewalthaber der Gantmasse behändigt. Gegen dasselbe wurde Seitens der Letzteren am 18. April 1861 die Oberberufung angezeigt, am 28. Mai 1861 ausgeführt.

Es entstand die Frage, ob die Oberberufung als rechtzeitig ausgeführt zu betrachten sei.

Der höchste Gerichtshof verwarf sie nach Anhörung des oberappellantischen Anwalts (Pr.O. §. 1165) als wegen Verspätung unzulässig. Die Entscheidungsgründe zu diesem Erkenntnisse besagen Folgendes:

Die in dem angefochtenen hofgerichtlichen Urtheile entschiedene Streitfrage, ob die an G. geschehenen Zahlungen von 277 fl. und 6750 fl. nebst den aus letzterer Summe berechneten Zinsen im Betrage von 5008 fl. dem D. auf sein Guthaben an die Gantmasse aufzurechnen seien oder nicht, konnte zweifellos im Laufe des Gantverfahrens von dem einen oder andern der streitenden Theile dem Richter unterbreitet werden und es hätten dann natürlich keine besonderen Vorschriften für die Verhandlung und Aburtheilung der Sache in Anwendung zu kommen gehabt. Nun geschah es aber, daß jene Frage erst nach Erlassung des Vertheilungsbescheides und im Wege der Erinnerungen gegen diesen im Sinne des §. 893 der Pr.O. zum Austrage kam. Bei diesem Stande der Sache erscheinen offenbar alle diejenigen gesetzlichen Vorschriften auf den vorliegenden Fall als anwendbar, welche der Gesetzgeber in den §§. 893—895 der Pr.O. zur Beschränkung und Abkürzung eines dem Vertheilungsbescheide nachfolgenden gerichtlichen Verfahrens im Interesse einer möglichst raschen Erledigung der Ganten gegeben hat, und es war somit gemäß §. 895. die Appellation und Oberappellation *) binnen 14 Tagen

*) Man könnte die Frage aufwerfen, ob, da die §§. 894. 895 für Fälle des §. 893 besondere Vorschriften für die Appella-

Digitized by Google

von Eröffnung des anzufechtenden Erkenntnisses an bei Verlust des Rechtsmittels zu rechtfertigen. Wenn der eben angeführte §. 895 nur von der Appellation spricht, so gilt derselbe doch auch für die Oberappellation, da der §. 1195 der Pr.O. festsetzt, daß, wo die Sache im Rechtszuge der Appellation an abgekürzte Nothfristen gebunden sei, dieselben Abkürzungen auch bei der Oberappellation einzutreten hätten.

Die gedachte 14tägige Frist ist nun im vorliegenden Falle offenbar versäumt Dieselbe ist vom 23. April 1861 an zu rechnen, an welchem Tage inhaltlich der Bescheinigung des Gerichtsboten dem Obergerichtsadvokaten E. als von den Vertretern der Gantmasse bestellten Einhändigungsgewalthaber das hofgerichtliche Urtheil vom 2. April 1861 behändigt wurde. Pr.O. §§ 893. 895. 1144. 1148. 1194. Die Oberappellationsbeschwerdeschrift kam aber erst am 28. Mai 1861 bei dem höchsten Gerichtshofe ein. Dem im Hinblicke auf §. 1156 der Pr.O. gestellten Wiederherstellungsgesuche konnte keine Rücksicht gegönnt werden, da der angeführte §. 895 das Rechtsmittel schlechthin an eine 14tägige Frist bindet, eine Verfallenerklärung des Rechtsmittels im Sinne des §. 1152 der Pr.O. nicht verordnet und da somit auch von einer Wiederherstellung nach §. 1156 nicht die Rede sein kann.

Wenn vom oberappellantischen Anwalte auszuführen versucht wurde, daß, weil die Sache nicht, wie es der §. 893 der Pr.O. verlangt, vom Unterrichter in der Tagfahrt der Eröffnung des Vertheilungsbescheides durch Erkenntniß erledigt worden sei, der Streit als in das ordentliche Verfahren übergegangen und deßhalb die Fristen dieses Verfahrens für die Rechtsmittel als maaßgebend zu erachten seien; so stellt sich diese Anschauungsweise um deßwillen als unrichtig dar, weil, mochte auch der Unterrichter durch die besondere thatsächliche Lage des Falles zu erwähnter Abweichung von der Vorschrift des §. 893 veranlaßt sein, dies doch selbstverständlich nicht die rechtliche Folge haben konnte, daß nunmehr auch die durch jene besondere thatsächliche Lage nicht berührte Vorschrift des §. 895 der Pr.O. außer Acht zu lassen gewesen wäre.

Wenn ferner oberappellantischer Seits geltend gemacht wurde, daß, weil die durch den Eingangssatz des §. 895 vorgeschriebene Art der Appellationsanmeldung *) auf die gegen ein hofgerichtliches Erkenntniß anzumeldende Oberappellation der Natur der Sache nach nicht als anwendbar erscheine, der gesammte Inhalt jenes §. auf Oberappellationen nicht anzuwenden sei; so stellt sich auch dies Vorbringen als unrichtig dar, da ein etwa nur theilweise anwendbares Gesetz jedenfalls doch insoweit anzuwenden ist, als dies geschehen kann und da durchaus nichtsentgegensteht, die Fristbestimmung des § 895 auch für die Oberappellation gelten zu lassen, vielmehr gerade, wie oben bereits dargelegt wurde, durch §. 1195 der Pr.O. die abgekürzten Appellationsfristen auch für die Oberappellation als maaßgebend erklärt sind.

Rotbhirt.

---

tion geben, dabei aber der Oberappellation gar nicht gedenken, dieses letzte Rechtsmittel in Fällen der gedachten Art überhaupt als zulässig erscheine. Es stellt sich jedoch der erwähnte Grund nicht als zureichend dar, um die Oberappellation hier gänzlich auszuschließen, zumal wenn man erwägt, daß wir eine gesetzliche Bestimmung haben — Pr.O. §. 1193 — welche sich damit befaßt, die Fälle, in welchen Oberappellation schlechthin ausgeschlossen sein soll, zu bezeichnen, daß aber diese Bestimmung die unter den §. 893 fallenden Sachen nicht aufführt.

D. E.

86.

Oberhofgericht.

Ueber die Beweiskraft eines nach dem Jahre 1810 errichteten Vereins.

Vrgl. Jahrb. n. F VI. S. 550; X. S. 333; XI. S. 449. Annal. XV. S. 35; XVI. S. 382; XX. S. 206. 215; XXII. S. 239.

Der Kirchenfond in Untermettingen erhob bei dem großh. Amtsgerichte Stühlingen Klage gegen Xaver Mahler von Rasbach und Genossen, hier insbesondere gegen Johann Köpfler von Untermettingen und Genossen, auf Anerkennung einer Gült- und Zinsenpflicht, und Zahlung von Rückständen.

Das von dem klagenden Kirchenfond angesprochene Gültrecht gründete dieser zunächst auf die im Verein vom Jahr 1839 enthaltenen Anerkenntnisse der Gültpflichtigen. Ueber die Erheblichkeit und Beweiskraft dieser und

*) „Die Appellation muß in der nämlichen Tagfahrt (Tagfahrt der Eröffnung des Vertheilungsbescheids) mit specieller Angabe der Beschwerde angemeldet werden."

D. E.

Digitized by Google

der Uebrigen Urkunden, auf welche der kl. Fond sich berufen hatte, sprechen sich die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 11. Novbr. 1861 so aus:

Der Verein, welcher nach der Vorschrift des Satzes 710. l. d. des Landrechts die Verfallzeit, den Empfangsort und die Lieferungsart der Gült angibt und neben der Unterschrift des, seine Verbindlichkeit anerkennenden Pflichtigen jeweils die Unterschriften zweier Urkundspersonen enthält, erwähnt zwar nirgends ausdrücklich, daß die Gült eine schon vor dem Jahr 1810 bestandene sei. Abgesehen jedoch davon, daß es den Beklagten nicht beigefallen ist, dieselbe als eine erst später konstituirte Verbindlichkeit darzustellen, sprechen die Umstände überzeugend dafür, daß es sich im Jahr 1839 schlechthin um eine Maaßregel handelte, durch welche für die Erhaltung einer alt hergebrachten Gült Vorsorge getroffen werden sollte. Dies erhellt insbesondere aus den, dem Verein angefügten Ausschreiben der Unionfondsverwaltung Stühlingen an die betreffenden Ortsvorgesetzten, wodurch die Zensiten von der Anordnung zur Vereinsaufnahme in Kenntniß gesetzt wurden. In diesen Ausschreiben wird nämlich auf das Regierungsblatt vom 5. Juni 1839, No. 16, wonach die Vereinigung vorgenommen werden soll, hingewiesen. Dort ist aber selbstverständlich nur die Bewahrung der vor dem Jahr 1810 rechtlich bestandenen Gülten durch Erneuerung der Vereine vorgesehen. Indem ferner jene Ausschreiben auf die vorliegenden Rechnungen Bezug nehmen, nach welchen die Kirchenunion Stühlingen die Gült zu beziehen habe, diese Rechnungen aber bis in das 17. Jahrhundert zurückreichen, so spricht jedenfalls die Vermuthung dafür, daß es die Absicht der Zensiten war, eine Verbindlichkeit anzuerkennen, von der sie wußten, daß sie schon von Altersher bestanden hat. Es genügt mithin, wenn diese schon aus dem Verein entspringende Vermuthung für das Alter der Gült durch andere Beweismittel unterstützt und ergänzt wird. ꝛc.

Die Beweiskraft der älteren Urkunden ist zwar beanstandet worden. Ungeachtet die Theilungsakten nicht immer die Unterschrift des Beamten aufweisen, so ist dieser doch stets im Eingange genannt, und es ist um so weniger Grund vorhanden, ihnen die Gültigkeit abzusprechen, als sie in der zur damaligen Zeit üblichen Form gefertigt und in der Registratur einer öffentlichen Behörde aufbewahrt worden sind. Auch die Glaubwürdigkeit der aus früherer Zeit herrührenden Kirchenrechnungen wird durch den Mangel der Unterschrift des Rechnungsstellers nicht aufgehoben, zumal da nicht anzunehmen ist, daß er zu seinem eigenen Nachtheil erdichtete Einnahmen in Rechnung gebracht habe. Dazu kommt, daß die Rechnungen und die übrigen erwähnten Urkunden sich gegenseitig unterstützen und dadurch über den früheren Besitzstand Gewißheit verschaffen. Stf.

87.

Aus der Gemeinsamkeit der Ausführung eines Handelsgeschäfts folgt noch keineswegs das Bestehen einer Verbindung zu diesem Geschäfte. A.S. 47 bis 50.

Die Auseinandersetzung einer blos thatsächlichen Gemeinschaft vor Gericht findet nur da statt, wo eine Gemeinschaft von Vermögensobjekten ohne Vertrag entstanden ist.

Ueber die (dem Richter obliegende) Beurtheilung eines thatsächlichen Verhältnisses findet die Eideszuschiebung an den Gegentheil nicht statt.

In Sachen
des Dietrich Kugler von Flehingen, Klägers, Appellanten, Oberappellanten,
gegen
Philipp Daniel Meyer von Karlsruhe, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,
Bestellung eines Schiedsgerichts betr.,

war in der Klage behauptet, Kläger habe sich im Spätjahr 1860 mit dem Beklagten „zu einer Handelsunternehmung vereinigt, welche darin bestanden habe, daß beide für gemeinschaftliche Rechnung eine große Quantität Kartoffeln aufgekauft, sie nach Köln verschifft und dort in größeren Partheien auf gemeinschaftlichen Gewinn wieder verkauft hätten." Die Klage behauptet weiter, es sei durch dieses gemeinschaftliche Unternehmen ein reiner Gewinn von mindestens 4500 fl. entstanden, an welchem Kläger in Folge der eingegangenen Geschäftsverbindung Theil zu nehmen befugt sei. Sie stellt, da Beklagter diese Befugniß nicht einräume, im Hinblick auf H.R.S. 51 das Gesuch, zu erkennen, daß zur Verhandlung und Entscheidung über die Ansprüche des Klägers aus fraglicher Handelsverbindung ein Schiedsgericht zu bestellen und

Digitized by Google

Beklagter schuldig sei, sich dessen Ausspruche — vorbehaltlich der Appellation — zu unterwerfen.

Der beklagte Theil widersprach schlechthin, daß eine Geschäftsverbindung der geschilderten Art zu Stande gekommen sei und behauptet, das fragliche Geschäft auf alleinige Rechnung ausgeführt zu haben.

Auf das Urtheil des großh. Stadtamtsgerichtes Carlsruhe vom 15 Februar 1861, No 2144, besagend:

„Würde der Beklagte in noch anzuberaumender Tagfahrt folgenden Eid ausschwören:

„„Ich, Philipp Daniel Meyer, schwöre einen feierlichen Eid zu Gott, daß es nicht wahr ist, daß ich mit Dietrich Kugler von Flehingen im Spätjahr 1860 einen Vertrag mündlich oder schriftlich abschloß, daß wir für gemeinschaftliche Rechnung größere Mengen von Kartoffeln ankaufen, dieselben nach Köln verschiffen, und dort im Großen auf gemeinschaftlichen Gewinn wieder verkaufen wollen; —

darauf schwöre ich, so wahr mir Gott helfe,““

so würde Kläger mit seiner Klage abgewiesen, und in sämmtliche Kosten verurtheilt werden; würde dagegen Beklagter diesen Eid auszuschwören sich weigern, so würde erkannt werden, daß zur Verhandlung und Entscheidung der Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten aus der zwischen ihnen bestandenen Handelsverbindung zum Ankauf und Verkauf von Kartoffeln ein Schiedsgericht zu bestellen und Beklagter schuldig sei, sich dem Ausspruche desselben zu unterwerfen, auch hätte derselbe sämmtliche Kosten dieses Rechtsstreites zu tragen,“

erfolgte ein bestätigendes und den Kläger, Appellanten, in die Kosten des zweiten Rechtszuges verfällendes Urtheil des großh Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 7. Mai 1861, No 1822, I. Sen., und des großh. Oberhofgerichts vom 21. Novbr. 1861. Die Gründe zu letzterem lauten:

„Es steht dem Klagvortrage nach eine Verbindung zu einem Handelsgeschäft im Sinne der L.R.A.S.S. 47—50 in Frage. Wäre sie wirklich ins Leben getreten, so würden allerdings ihr entsprossene Streitigkeiten der Theilnehmer an ihr gemäß L.R.A.S. 51 durch Schiedsrichter zu entscheiden, somit dem Klagbegehren zu entsprechen sein.

Es fragt sich nun aber, ob das Dasein einer Verbindung im Sinne der angeführten L.R.A.S.S. thatsächlich begründet, ferner ob es erwiesen sei.

Diese thatsächliche Begründung kann zweifellos als vorhanden angesehen werden, sofern man annimmt — wozu man auch nach dem oben mitgetheilten Wortlaute der Klage vollkommen berechtigt ist — daß die Klage die Behauptung einer ausdrücklichen Einwilligung des Beklagten zu dem fraglichen Gemeinschaftsverhältnisse in sich fasse. L.R.S. 1108. 1108a. Jene thatsächliche Begründung mangelt, wenn man in dem klägerischen Vorbringen die Behauptung einer stillschweigenden Einwilligung des Beklagten — auf welche Art der Einwilligung nun klägerischer Seits besonders Gewicht gelegt wird — sucht. Eine solche Einwilligung erschiene nur dann als thatsächlich begründet, wenn Thatsachen vorgetragen wären, aus denen sich ergäbe, daß der eine der streitenden Theile auf die zur Annahme reife Erklärung des andern hin Handlungen vorgenommen habe, zu welchen er nur unter der Voraussetzung der Beistimmung veranlaßt oder berechtigt sein konnte. L.R.S. 1108b. An dem Vortrag solcher Thatsachen fehlt es in der Klage gänzlich ꝛc.

Die klägerischer Seits im Laufe des Streits mehrfach hervorgehobene angebliche Gemeinsamkeit der Ausführung des fraglichen Geschäfts vermag das hiernach Mangelnde keineswegs zu ersetzen; denn auch die mehrerwähnte Verbindung zu Handelsgeschäften im Sinne der L.R.A.S.S. 47 bis 50 setzt — mag sie sich auch in gewissen Beziehungen von den eigentlichen Handelsgesellschaften (L.R.A.S.S. 18 bis 46) unterscheiden (Troplong société S. 499, 500) zweifellos den Abschluß eines auf ihre Eingehung lautenden Vertrages (L.R.S.S. 1108. 1108a 1108b) voraus, und die besagte Gemeinsamkeit der Ausführung thut noch keineswegs das Dasein eines solchen Vertrages dar, weil sich auch anderweitige Gründe, als die Theilnahme an der Geschäftsverbindung, für eine Theilnahme an der Ausführung des Geschäfts denken lassen. Kläger könnte möglicherweise als Beauftragter, als Gehilfe des Beklagten zu jener Ausführung mitgewirkt haben.

Wenn ferner klägerischer Seits, insbesondere bei der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wurde, eine jede, selbst nur thatsächliche Gemeinschaft mache eine Auseinandersetzung nothwendig, die, wenn sie streitig würde, vor dem Richter zu bewirken sei, und schon um deßwillen sei das Klagbegehren begründet; so hat diese Anschauungsweise nur in solchen Fällen Berechtigung, in denen das Dasein einer ohne Vertrag entstandenen Gemeinschaft von Vermögensobjecten (sog. communio incidens. Arndt's Pandekten §. 320)

Digitized by Google

behauptet werden kann, nicht aber im vorliegenden Falle, in welchem keineswegs behauptet werden konnte, daß Vermögenstheile des Klägers mit solchen des Beklagten — abgesehen von einem Vertrage — in einer Vereinigung begriffen seien, in welchem daher eine etwaige Gemeinschaft des Erworbenen nur durch Vertrag begründet worden sein könnte ꝛc.

Die Formel, in welcher den Urtheilen der vorigen Instanzen zufolge der zugeschobene Eid zu leisten ist, kann einer Abänderung im Sinne der klägerischen Anträge nicht unterworfen werden, weil die gedachte Formel derjenigen Auffassung der Klagebehauptung, in welcher die letztere, wie zu Eingang ausgeführt wurde, allein für that sächlich begründet erachtet werden kann, entspricht (Pr.O. §. 523) und weil die nach dem Begehren des Klägers aufzustellende Formel, derzufolge dasjenige, was im vorliegenden Falle vom Richter festzustellen ist — ob nämlich auf gemeinschaftliche Rechnung gekauft und auf gemeinschaftliche Gewinne verkauft worden sei, — auf den Eid gegeben wäre, ganz offenbar gegen den §. 522 der Pr.O., wonach der Eid nur über entscheidende hinreichend bestimmte Thatsachen zugeschoben werden darf, verstoßen würde. Stf.

88.

Betrugsversuche mit falschen Urkunden.

1) Bei Betrugsversuchen mit falschen Urkunden entscheidet nicht der Betrag, auf welchen die falsche Urkunde lautet, noch werden die einzelnen Beträge, welche sich der Angeschuldigte mit der Urkunde zu verschaffen suchte, zusammengerechnet, sondern der höchste Betrag, um welchen der Angeschuldigte im einzelnen Falle betrügen wollte, wird als Gegenstand des Betrugsversuchs angesehen.
2) Wenn eine falsche Urkunde zum Zweck des Betrugs gebraucht, dieser aber vereitelt wird, so ist das Verbrechen nicht als Betrugsversuch, sondern — unter der Voraussetzung des §. 430 und 423 St.G.B. als Fälschung, unter der des §. 436 aber als Gebrauch falscher Urkunden zur Verübung eines Betrugs — zu bezeichnen.

Johann Nepomuk Hämmerle, Färbermeister von Villingen, ein Mann von schlechtem Rufe, kam im Juli 1859 wegen Urkundenfälschung in Untersuchung. Er hatte nämlich unter Benützung einer falschen Schuldurkunde vom 30. September 1855, wonach Hammerwerksbesitzer Ostlander an die Stadtgemeinde Villingen 6000 fl. zu fordern haben sollte, bei Jos. Hirt, Philemon Pfister und Jos. Endres einen Vorschuß von je 36 fl. zu erlangen gesucht; sodann dieselbe Urkunde und zwei falsche Cessionsurkunden vom 24. Juni 1856 und vom 21. Juli 1859 bei Lorenz Stöhr zur Erlangung eines Vorschusses von 100 fl. — aber erfolglos — gebraucht.

Durch Urtheil des großh. Hofgerichts des Seekreises vom 1. Okt. 1859 wurde der Angeschuldigte der Fälschung von Privaturkunden zur Verübung eines Betrugs von 100 fl. für schuldig erkannt, deßhalb zu einer 3monatlichen Kreisgefängnißstrafe, sowie zu einer Geldstrafe von 100 fl. ꝛc. verurtheilt. Dem Rekurs des Angeschuldigten gegen dieses Urtheil schloß sich der großh. Staatsanwalt an, weil der Betrag, den der Angeschuldigte durch seine Handlungsweise sich habe verschaffen wollen, zu 200 fl. (d. i. 100 fl. und 3 mal 36 fl. hätte angenommen und deßhalb auf eine Kreisgefängnißstrafe von 6 Monaten und auf Geldstrafe von 200 fl. hätte erkannt werden sollen.

Durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 31. Dezember 1859 wurde jedoch das hofgerichtliche Urtheil bestätigt, aber mit der Modifikation, daß die gegen den Rekurrenten erkannte 3 monatliche Kreisgefängnißstrafe (wegen Qualifikation der That und der Person) auf die Dauer von 5 Monaten erhöht ward, obschon der Gerichtshof annahm, daß von einer Zusammenrechnung der Summen, welche der Angeschuldigte leiden wollte, deßhalb nicht die Rede sein könne, weil auf die fraglichen Urkunden nur einmal habe betrogen werden können, indem der Angeschuldigte demjenigen, welcher sich hätte betrügen lassen, die Urkunden hätte einhändigen müssen. Deßhalb wurde nur der höchste, mit 100 fl. beabsichtigte Vortheil als Betrag des versuchten Betrugs angenommen. Stf.

Bekanntmachung.

Da andere juristische Zeitschriften gegenwärtig in unserem Lande nicht erscheinen, so genügt der beschränkte Umfang der Annalen nicht mehr, welche nun auch der Ausschuß der Anwälte zur Besprechung anwaltschaftlicher Angelegenheiten benützen wird.

Die Annalen werden deßhalb vom 1. Januar 1862 an in 40 Bogen jährlich, zu dem Preise von 5 fl. ausgegeben.

Bestellungen für das nächste Halbjahr wollen gefälligst bei den großh. Postämtern oder in den Buchhandlungen gemacht werden.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmeltzer in Mannheim.

Digitized by Google